REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 5 - n. 20 - outubro-dezembro - 1997

20

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 5. - n. 20 - out.-dez./97

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

Julgar não é uma arte. É um dever. Dever originado da opção. Opção não apenas de trabalho, mas de vida. Opção que sustenta, inclusive, a continuidade de tal *munus* público. Nada tão difícil quanto julgar, especialmente quando o julgamento não é fruto do exercício de um poder supremo e limitado. Como expressão de poder legítimo de um Estado Democrático de Direitos, o ato de julgar encontra seus limites na Lei Maior.

No plano pessoal, julgar exige maturidade, serenidade e humildade, componentes atávicos do bom senso. Mas não é só. É preciso que a própria estrutura do Poder Público assegure ao juiz condições de exercer sua tarefa, conferindo-lhe, pois, garantias.

Nesta perspectiva, inamovibilidade exerce papel predominante. Não é questão de menor importância. É condição inicial para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direitos.

E no juízo criminal, como imaginá-lo imparcial se composto por juízes nomeados? Juízo Criminal não pode jamais correr o risco de tornar-se juízo político. Não é sem razão que a constituição nos protege dos odiosos juízos de exceção.

Como acreditar que o juiz criminal será o garantidor dos direitos individuais se ele próprio estiver desprovido da garantia de que seu convencimento será realmente livre?

O juiz a quem não é assegurado o direito de "ficar juiz", naquele juízo, não tem a mínima condição de ser imparcial e, portanto, nos deixa a todos desprotegidos. Direitos individuais transformam-se em mera sugestão constitucional.

A inamovibilidade dos magistrados é, assim, uma super garantia constitucional, não do juiz, mas dos próprios jurisdicionados.

Em Estados Democráticos de Direito a missão do Direito Penal não é importunar, nem castigar, mas sim proteger a liberdade individual. Nessa ordem jurídica, o juiz desempenha o papel do garantidor que, uma vez protegido, não tem de ser benevolente ou severo. Deve ser imparcial.

A Revista Brasileira de Ciência Criminais chega a seu 20.° volume afirmando e reiterando seu compromisso com o Garantismo Penal. Não falta neste volume inspiração para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre e democrática.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana EUGENIO RAÚL ZAFFARONI 13

Liberdade de imprensa e tutela penal da privacidade (a experiência portuguesa) – MANUEL DA COSTA ANDRADE 25

2 – DOUTRINA NACIONAL

A legislação brasileira em face do crime organizado – ADA PELLEGRINI GRINOVER 59

Arma de brinquedo – lei 9.437/97 – ALBERTO SILVA FRANCO 71

Alternativas à pena privativa de liberdade e outras medidas – ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES 75

Algumas questões controvertidas sobre o juizado especial criminal – CEZAR ROBERTO BITENCOURT 83

Competência para julgar os crimes relacionados a arma de fogo – FRANCISCO DIAS TEIXEIRA 95

Medidas de segurança – IVANIRA PANCHERI 105

A utilização de arma simulada para a prática de crimes: reflexões sobre a lei 9.437/97 – JULIO FABBRINI MIRABETE 114

A lei 9.455/97 revogou o art. 2.° da lei dos crimes hediondos – NEY MOURA TELES 119

Política criminal com derramamento de sangue – NILO BATISTA 129

O apelo contra a vontade do réu – SÉRGIO DEMORO HAMILTON 147

Considerações sobre a criação do § 2.° do art. 82 do CPP Militar e seus reflexos na justiça penal comum (lei 9.299/96) – WALBERTO FERNANDES DE LIMA. 153

3 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Fundamentos técnicos da residuografia forense: aspectos criminalísticos e médico-legais – JOSÉ LOPES ZARZUELA 157

Daño psiquico en el fuero civil – NORMA GRISELDA MIOTTO 189

4 – POLÍCIA E DIREITO

Segurança pública e sequestros no Rio de Janeiro: 1995/96 – CESAR CALDEIRA 193

5 – PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Habeas corpus – crime de gestão fraudulenta de instituição financeira – ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO/GEORGE TAVARES 237

Carlos Marighella: circunstâncias da morte e responsabilidade do Estado – LUÍS FRANCISCO S. CARVALHO FILHO 253

6 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

Carandirú: uma questão de sensibilidades jurídicas – ANDRÉA BUENO BUORO.. 281
Breves notas para a história do encarceramento em São Paulo – a penitenciária do Estado – FERNANDO SALLA 293
Cristopher Lasch e Anthony Giddens: duas reflexões acerca da democracia no limiar do século XXI – MARIA JOSÉ DE REZENDE 303

7 – ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Chessman: crônica de uma morte anunciada – RENÉ ARIEL DOTTI 319

8 – JURISPRUDÊNCIA

8.1 – Jurisprudência Classificada

Lei 9.271/96 – CARLOS ALBERTO PIRES MENDES/SÉRGIO ROSENTHAL/VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO 343

8.2 – Jurisprudência Comentada

Crimes hediondos e *sursis* – ALBERTO ZACHARIAS TORON 349
Mandado de segurança em matéria penal – impetração para efeito suspensivo em recurso em sentido estrito do Ministério Público – HELENA ROSA RODRIGUES COSTA 355
Execução Provisória – KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE 363
O Ministério Público no processo penal – PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA 369

8.3 – Jurisprudência Recente

Crime de dano – fuga de preso – *animus nocendi* 375
Escuta telefônica – prova ilícita 377
Expedição de mandado de prisão – trânsito em julgado da sentença condenatória 387

8.4 – Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR/FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 391

8.5 – Jurisprudência Organizada e Comentada

Execução penal, parte II – SÉRGIO MAZINA MARTINS 417

9 – RESENHAS

L'Azione Penale tra Diritto e Politica – Mario Chiavario, por FAUZI HASSAN CHOUKR 501
Dogmática Jurídica – Escorço de sua Configuração e Identidade – Vera Regina Pereira de Andrade, por QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES 503

10 - NOTICIÁRIO

Órgãos de execução criminal em São Paulo - LUCIA MARIA CASALI DE OLIVEIRA 507

11 - DOUTRINA LATINO-AMERICANA

Dignidad, Venganza y Democracia - JAIME MALAMUD GOTI 513

12 - ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 539

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

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

ALBERTO SILVA FRANCO

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado Criminalista em São Paulo. Professor de Direito Penal da PUC-SP e Mestre em Direito Penal pela USP.

ANDRÉA BUENO BUORO

Mestranda em Antropologia Social na USP e Pesquisadora do NEPS-Núcleo de Estudos de Política e Sociedade.

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

Advogado no Rio de Janeiro.

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG.

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA

Procuradora do Estado.

CARLOS ALBERTO PIRES MENDES

Advogado em São Paulo.

CESAR CALDEIRA

Professor da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO) e da Faculdade de Direito Cândido Mendes - Ipanema.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da PUCRS. Advogado Criminalista.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Professor Titular na Universidade Nacional de Buenos Aires - Argentina.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado Criminalista em São Paulo.

FAUZI HASSAN CHOUKR

Promotor de Justiça. Professor na USJT. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela USP.

FERNANDO SALLA

Sociólogo. Doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo.

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

Procurador Regional da República em São Paulo.

GEORGE TAVARES

Advogado no Rio de Janeiro.

HELENA ROSA RODRIGUES COSTA

Procuradora do Estado junto à 21ª Vara Criminal da Capital de São Paulo

IVANIRA PANCHERI

Advogada da FUNAP/SP. Pós-Graduada em Processo Penal na Faculdade de Direito da USP.

JAIME MALAMUD GOTI

Professor de Derecho Penal - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Filosofia - Universidad de Arkansas at Little Rock.

JOSÉ LOPES ZARZUELA

Professor de Medicina Legal e de Criminalística da Faculdade de Direito da USP.

JULIO FABBRINI MIRABETE

Procurador de Justiça Aposentado e Advogado em São Paulo.

KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE

Juíza de Direito em São Paulo e Membro da Associação Juízes para a Democracia.

LUCIA MARIA CASALI DE OLIVEIRA

Promotora de Justiça em São Paulo.

LUÍS FRANCISCO S. CARVALHO FILHO

Advogado Criminalista em São Paulo.

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MARIA JOSÉ DE REZENDE

Professora de Sociologia da UEL. Doutora em Sociologia pela USP.

NEY MOURA TELES

Advogado. Professor de Direito Penal. Chefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito do Distrito Federal - FADI, do CEUB

e Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal.

NILO BATISTA

Advogado no Rio de Janeiro.

NORMA GRISELDA MIOTTO

Profesora del Departamento de Doencia y Investigación del Hospital Jose T. Borda, Buenos Aires - Argentina.

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

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

QUITÉRIA TAMANINI VIEIRA PÉRES

Mestranda da UFSC.

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

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Diretor do IBCCrim. Secretário da Associção 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.

SÉRGIO ROSENTHAL

Advogado em São Paulo.

VINÍCIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

Bacharel em Direito pela UNIP.

WALBERTO FERNANDES DE LIMA

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

GLOBALIZACIÓN Y SISTEMA PENAL EN AMERICA LATINA: DE LA SEGURIDAD NACIONAL A LA URBANA*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

SUMÁRIO: 1. Legislación, discurso jurídico y realidad en los sistemas penales latinoamericanos – 2. La selectividad criminalizante – 3. Que hay de nuevo en la globalización? – 4. Seguridad nacional: última etapa del neocolonialismo; seguridad ciudadana: primera de la globalización – 5. Los caracteres del poder punitivo en la globalización latinoamericana – 6. Actores en su circuntancia.

1. Legislación, discurso jurídico y realidad en los sistemas penales latinoamericanos.

a. La *legislación penal latinoamericana* tiene antigua tradición codificadora. No obstante, en los últimos años se observa una marcada tendencia a la descodificación y al deterioro de la técnica legislativa. La legislación procesal preocupa desde hace algunas décadas: se están introduciendo apresuradas reformas en algunos paises y más meditadas en otros; aparecen dos tendencias enfrentadas: la más racional se orienta por camino acusatorio y la coyuntural, con argumentos pretendidamente pragmaticos, por el inquisitorio. De cualquier manera se observa un espectro de matices y sincretizaciones, como también graves perversiones del discurso acusatorio.

b. En las Constituciones de la región están consagradas todas las *garantías*, incluso con mayor generosidad que en los países centrales. *El control de constitucionalidad*, por lo general, se practica – o al menos está previsto – desde el siglo pasado, conforme al sistema difuso, aunque en las últimas décadas tiende a combinarse con el centralizado. Para la tutela de los derechos fundamentales se establecen recursos rápidos, incluso con creatividad propia: cabe recordar que la acción de amparo nació en México. La incorporación al sistema regional de derechos humanos permite el acceso a los organismos y tribunales internacionales, al igual que la incorporación al sistema universal.

c. El discurso jurídico (académico) suele tener buen nivel de elaboración: sigue de cerca la dogmática penal alemana. Se ha privilegiado el desarrollo de la teoría del delito. Desde el positivismo peligrosista de las primeras décadas se ha pasado por el neokantismo, al finalismo y está difundiéndose el funcionalismo sistémico. El desarrollo de la teoria de la pena es mínimo. La doctrina en materia procesal penal se está desarrollando aceleradamente en los últimos lustros.

d. El panorama de la ley y el discurso es esquizofrênico frente a la realidad operativa de los sistemas penales. Hasta

(*) El presente texto corresponde a las notas ordenadas de la exposición en el seminario sobre "Globalización y culturas legales" celebrado en el Instituto Internacional de Sociologia juridica", Oñati, España, en junio de 1997.

tiempos recientes nadie se ha ocupado de analizar las estructuras de los poderes judiciales latinoamericanos y de someterla a una critica racional y, aún hoy, el material al respecto es escaso. Las policías dependen del poder ejecutivo y conservan el modelo de organización vertical, corporativo y militarizado. Las constituciones latinoamericanas se inspiraron en la república norteamericana, pero para el âmbito policial lo hicieron en la policía borbónica: nunca se conoció la policía comunitaria, al estilo de la policía de condado norteamericana.

Esta esquizofrenia institucional tiene antígua data: terminada la lucha por la independencia, en toda la región cundieron las guerras civiles entre los intereses portuarios y los del interior (economía mercantil y economía extractiva, modelo neocolonial y colonial) y, como era de esperarse en atención a la nueva metrópoli, triunfaron los puertos y se asentaron en el poder oligarquías proconsulares de los intereses centrales que manejaron sus países con mano de hierro, pero con formas republicanas. De ese modo es perfectamente entendible que las formas legales consagrasen todos los derechos y garantías personales, pero que el poder judicial fuese enclenque y que la policía se concibiese como verdadera fuerza de control de la mayoria sojuzgada.

e. Las agencias de criminalización secundaria operan de modo altamente selectivo, dando lugar a diferentes procesos de deterioro institucional y personal; el proceso de criminalización tiene equivalentes selectivos en los de victimización y de policización. El riesgo de victimización se distribuye del mismo modo que el criminalización, entre las clases de menores recursos, que no tienen capacidad para pagar su seguridad. El reclutamiento policial apela a los mismoas sectores y el personal reclutado es sometido a un entrenamiento que le priva de derechos frente a las cúpulas institucionales y les somete a los peores riesgos en la primera línea de choque con los de su mismo estrato social.

f. Como las tres selecciones se operan en perjuicio de los sectores de menores recursos, el enfrentamiento entre éstos perjudica su coalición y su consiguiente protagonismo político. Estos sectores son de este modo más fácil presa del clientelismo político: se restauran viejas usanzas clientelistas que parecieron superadas, el asistencialismo es la via más usual para el proselitismo, la inserción en las redes de cooperación comunitaria deviene clave del éxito político. La polarización de riqueza y el desempleo otorgan un marco nuevo y dificultan el entendimiento y las soluciones de los conflictos. Las clases medias se reducen. Las encuestas señalan creciente preferencia por la pena de muerte en razón inversa a la escala social. Igual fenómeno se registra en cuanto a los prejuicios respecto de los inmigrantes.

g. La policización es um proceso de deterioro personal al que se somete a las personas reclutadas para integrar las agencias ejecutivas. Se las sumerge en un medio corrupto; se les retacea presupuesto y se les encarga que completen los gastos operativos y salariales con recaudación ilícita; se acuerda con sus cúpulas el respeto de ilicitudes a cambio de gobernabilidad; se les depara escaso entrenamiento; se les encomiendan las tareas más riesgosas; cuando sus actos saltan a la opinión pública en forma que provoca indignación, se les quita cobertura: se desprecia su vida; se les obliga a intervenir en cualquier hecho delictivo aunque se hallen en inferioridad numérica o pongan en peligro la vida de terceros; y, sobre todo, se les prohibe la sindicalización, para evitar que adquieran conciencia profesional en la discursión horizontal de las condiciones laborales.

En algunos países las policias se convierten en una suerte de sicariato y personal activo o retirado de las mismas toma parte u organiza los delitos más graves. Los operadores políticos no prestan atención al problema y, por lo general, lo desconocen completamente. Desde el punto de vista del personal reclutado, se trata de una maquinaria violatoria de derechos humanos, provocadora de las más diversas patologlas y condicionante de conductas altamente agresivas.

Las organizaciones policiales son plurales, pero todas dependen de los poderes ejecutivos. La pluralidad genera competencia para la recaudación ilícita, a veces violenta.

Los viejos métodos de recaudación (limitados al juego y a la prostitución) han cambiado con la introducción de la alta rentabilidad que produce la participación en el comercio de tóxicos prohibidos.

Los servicios secretos o de inteligencia no escapan a la regla y son usados para controlar opositores y disidentes, acudiendo a cualquier medio, incluso violatorio de la más estricta privacidad. El mayor número de escunas telefónicas ilicitas suele tenerlos como autores. Su principal misión es controlar los estallidos sociales de población en límite de pobreza extrema y de recopilar información acerca de cualquier persona que pueda difundir discursos alternativos o que el poder considere peligroso (o que ellos consideren peligrosos para el poder: la tendencia a sobredimensionar riesgos – tendencia paranoide – es parte de su labor, porque cuanto mayor sean los riesgos más se justifica su inserción burocrática).

h. La victimización se distribuye en razón inversa a la renta. La privatización de los servicios de seguridad acentúa este fenómeno. En algunas zonas de muy baja rentabilidad se opera directamente el retiro sel servicio, con el efecto de dejar el control en manos de delincuentes emergentes en razón de sus caracteristicas psicopáticas.

i. La prisonización deteriora conforme al modelo de institución en que tiene lugar el mismo: a) algunas degeneran hacia verdaderos campos de concentración; b) otras en "ghetos" administrados por los propios presos, que permanecen por la imposibilidad de recrear fuera las relaciones econômicas internas; c) otras en hoteles de casi ninguna estrella, merced a la recaudación producida por el alojamiento de algunos presos con capacidad de pago, generalmente empresarios de tóxicos prohibidos.

Los tres modelos de deterioro son aptos para la fijación de rol conforme a etiqueta y, por ende, acentúan la capacidad reproductora del sistema penal y le aseguran clientela en candidatos a criminalización por delitos contra la propiedad y de tóxicos.

j. Las agencias judiciales latinoamericanas están altamente partidizadas: si consideramos que en el mundo es posible hacer una tipologia de las estructuras judiciales, clasificándolas en a) empíricas más o menos primitivas, b) tecnoburocráticas y más o menos pluralistas y c) democráticas. las latinoamericanas se caracterizan por su identificación con el primer modelo con caracteres a veces marcadamente primitivos (excepto Brasil, que es una estructura tecnoburocrática, al igual que Costa Rica en menor medida).

En casi todos los paises se violan los principios de independencia externa del poder judicial e interna de los jueces. No existen instituciones de gobierno plurales y se ha deformado el concepto de consejo de la magistratura, respecto de sus modelos europeos. Suele acudirse a ficciones para explicar una pretendida imparcialidad judicial. Los órganos supremos son con frecuencia claramente manipulados por los operadores políticos.

k. El personal reclutado sufre un proceso de deterioro o de burocratización que no ha sido suficientemente analizado. No se conocen estudios sobre la función política del poder judicial hasta tiempos recientes. No hay una ingeniería institucional del poder judicial y los teóricos se limitan a análisis exegéticos. Se observa un esfuerzo de los operadores políticos por combinar los peores defectos de todos los sistemas, como modo de preservar su control sobre el reclutamiento y promoción de los jueces. Al inconveniente de la designación por co-optación (formación de un grupo burocrático cerrado y hereditario) suele agregarse el de la designación politica de las cúpulas.

2. La selectividad criminalizante.

a. En cuanto a la llamada criminalidad común, la selección se opera en perfecta armonía con todas las descripciones de estereotipos conocidas. Las distintas formas de combinar la misma con la recaudación policial no están descriptas, pero han sido exploradas en diferentes y ocurrentes modos. En algunos paises se halla instituida la prisión por deudas y existe un altisimo número de presos por cheques sin provisión de fondos: la policía y parte del poder judicial se desempeñan como agencias de cobro en combinación con los abogados de los acreedores o con empresarios de cobros compulsivos.

b. La tortura es práctica corriente en casi toda la región, aunque no se trate de la forma sistemática antes conocida. Las muertes policiales reconocen varias causas, pero en general, el mayor número se produce para proyectar una imagen de eficacia represiva frente a las campañas de ley o orden. Responden a varias reglas invariables, lo que hace posible su diagnóstico con adecuado relevamiento de información de prensa (la muerte policial se anuncia en los periódicos y en la televisión, porque es parte de un mecanismo publicitario). Ambos fenómenos de violencia cuentan con el aval o indiferencia de los operadores judiciales (impotentes, temerosos o cúmplices).

c. Los niños y adolescentes son víctimas preferidas de la violencia del sistema. El desprecio por sus vidas en algunos paises llega a limites de horror. La ideologia tutelar ha proporcionado un discurso peligrosisimo que tuvo penosos efectos prácticos: so pretexto de tutela se privó a los niños y adolescentes de las garantias procesales y penales, se los asimiló con los desprotegidos y, finalmente se trató punitivamente (y sin garantias) a infractores y desprotegidos. En pocas áreas el discurso se vuelve tan perverso como en la de niños y adolescentes. Su cosificación pertenece a la cultura autoritaria de la región: alcanzó su expresión más acabada en los secuestros de niños y la consiguiente supresión de su estado civil en la época de las dictaduras de seguridad nacional.

d. Las mujeres están sobrerepresentadas en las encuestas de victimización. Nadie ignora que todo el sistema penal tiene su origen histórico en un esfuerzo por subordinar a la mujer: la inquisición. El poder punitivo es básicamente machista. El número de mujeres prisonizadas aumentó con la criminalización del comercio de tóxicos. Se presentan graves problemas con las presas madres, sea por el abandono que provoca la prisonización de la madre en familias preferente o exclusivamente centradas en ella, o por la permanencia de niños en las cárceles.

La proyección pública de la mujer delincuente suele presentarla con caracteres de particular perversidad. La dominación de la mujer es cultural y el sistema penal no hace más que reforzarla.

e. Las minorias sexuales y otras minorias son víctimas de un sistema penal paralelo basado en disposiciones

contravencionales o leyes de peligrosidad sin delito que provienen a veces de la colonia y que violan todos los principios y límites constitucionales e internacionales al poder punitivo, pero que sigue funcionando en manos exclusivas del poder policial. Constituye una de las fuentes de recaudación de las agencias ejecutivas y al mismo sistema se halla sometido el control de la prostitución en las ciudades.

f. Los delitos de cuello blanco sólo llegan al sistema penal como parte de la judicalización de la política. La corrupción pública (particularmente impulsada por las enormes cifras de los negocios a decidir en materia de privatización o venta del estado) provee material para escándalos judiciales y se ha extendido la utilización de la justicia para promoción politica. Existe un cambio cualitativo en esta materia, propio de los últimos años: las luchas por el poder económico promueve la judicialización de delitos de cuello blanco que antes eran ajenos a ese ámbito. No está claro hasta qué punto influyen en esto el interés de los inversores y las presiones Internacionales.

3. ¿Que hay de nuevo en la globalización?

a. Hasta aqui describimos una situación que hace a los sistemas penales como tales y esto parece tener poco que ver con la llamada "globalización". Para relacionarlos es menester, ante todo, conceptuar lo que se da en llamar "globalización".

Por tal puede enterderse: a) una ideología; o b) una realidad de poder.

a) La ideología es el sistema de ideas que quiere explicarnos algo de la realidad. En este caso se trata de la ideologia del mercado mundial: una irrestricta eliminación de barreras y proteccionismos generaria un mercado mundial que se equilibraria por si mismo y produciría un efecto de crecimiento planetario. La competencia ilimitada produciria la libertad para el desarrollo de las actividades más rentables y provocaria una distribución internacional del trabajo que beneficiaria a todos. Por supuesto, este beneficio seria a costa del sacrificio de los emprendimientos no rentables, que no tendrian razones para subsistir y que son considerados como el lastre que impide el crecimiento.

Esa ideología constituye un fundamentalismo de mercado y, sin mucho esfuerzo, puede descubrirse en ella un neospencerianismo: la competencia para la supervivencia de los más fuertes y el impulso para el fortalecimiento de los más débiles (si no desaparecen en el intento). Spencer era mucho más claro a este respecto: hoy las concepciones organicistas de las sociedades han sido reemplazadas por las sistémicas (que hallan su explicación también a partir de la biologia: las sociedades no son organismos, pero la autopoiesis – capacidad de equilibramiento y reproducción – es regla tanto de los organismos como de las sociedades). Detrás de todo spencerianismo (nuevo o antiguo) hay una cosmovisión catastrofista: el progreso es lineal y avanza a fuerza de cataclismos.

El spencerianismo (positivismo o darwinismo social) fue la ideologia racista propia del neocolonialismo. Se opone al racismo pesimista o gobineano. Fue la ideologia oficial del imperialismo británico y de las minorias proconsulares latinoamericanas en los tiempos de las repúblicas oligárquicas.

b) Como realidad, la "globalización" es un programa de ejercicio del poder mundial. Al colonialismo de la revolución mercantil siguió el neocolonialismo de la revolución industrial y a este sigue la "globalización" de la revolución tecnológica. En cada una de estas etapas

América Latina y Africa llevaron la peor parte. Se trata, pues, de tres etapas diferentes de la dominación planetaria: la primera la encabezaron las potencias marítimas europeas, la segunda las potencias del centronorte europeo y la tercera la lidera la norteamericana en relación de conflicto – cooperación con Europa y Japón. Ninguna de las potencias líderes aplica la explicación ideológica del fenómeno a sus relaciones recíprocas: mantienen el proteccionismo y la intervención estatal en la economia, lo que hace dudar seriamente acerca del éxito de este liderato compartido y lleva a preguntarse si esas medidas de protección reciproca tenderán a disminuir como dicen sus teóricos oficiales o, por el contrario, desembocarán en nuevos enfrentamientos y polaridades, con lo cual la globallzación seria reducida a la categoria de mito.

En definitiva, la globalización como realidad nos muestra que la globalización como ideologia no es más que una ideologia – en el sentido desvalorado de la expresión – de exportación (o bien del dominante para el dominado).

b. La globalización como realidad tiene como caracteres propios, cuanto menos los siguientes: a) el dominio a través de medidas e imposiciones económicas (pago de deudas externas siderales); b) la reducción de la violencia bélica entre las potencias lideres y el fomento de conflictos entre algunas de las subalternas; c) el desapoderamiento de los estados nacionales (pérdida de primado de las políticas nacionales); d) la concentración del poder planetario en corporaciones transnacionales (pocos cientos); e) la producción de desocupación estructural; f) población marginada que se desplaza desde la periferia al centro y entre las propias periferias; g) producción de serios riesgos de catástrofe ecológica (porque la exportación de producción sucia a las zonas subalternas sólo retrasa los efectos de ésta), de estallidos sociales violentos (porque margina del sistema productivo a amplios sectores, sin perspectivas de incorporación como en la acumulación originaria) o de crisis financieras (por efecto de una acumulación que en buena parte se asienta en especulación y encarecimiento de cosas y servicios como exclusivo resultado de prohibiciones con las que se interviene en los mercados).

4. Seguridad nacional: última etapa del neocolonialismo; seguridad ciudadana: primera de la globalización.

a. La seguridad nacional fue una ideologia de guerra: al desorden provocado por los incapaces de reconocer los valores occidentales y cristianos en la cruzada contra el comunismo internacional, que libraba una guerra contra la civilización en todo el planeta, como mal cósmico, había que combatirlo con la fuerza necesaria que, dada la emergencia, no admitia límites (las emergencias son siempre ilusiones de peligro inminente para la humanidad que legitiman poder punitivo ilimitado; se suceden a lo largo de la historia desde el siglo XII, en que se asentó el poder punitivo con la confiscació definitiva de la víctima).

Terminado ese mal cósmico y producida una nueva etapa de dominación planetaria al superarse el neocolonialismo por la globalización como realidad, se impone un control social punitivo que se oriente fundamentalmente hacia los marginados de los beneficios de la economia globalizada (el colonialismo controló a los colonizados y esclavizados; el neocolonialismo a los proletarizados; la globalización debe controlar a los excluidos; además, los tres controlaron cuidadosamente a sus respectivos disidentes, considerados desertores de las clases líderes iluminadas). La última etapa del neocolonialismo se centró en el

control de los proletarios y disidentes; sus medios preferidos fueron la tortura sistemática, el homicidio y la desaparición forzada; los instrumentos ejecutivos fueron las agencias militares.

La primera etapa de la globalización orienta su control social hacia los inferiores excluídos (lo son por incapaces para competir), sus medios preferidos son los mismos que en la etapa anterior, sus instrumentos ejecutivos son las agencias policiales (o las militares en función exclusivamente policial).

En todas las etapas el poder punitivo se orientó hacia inferiores biológicos: en la primera contra las mujeres (inferiores genéticas) y los colonizados (inferiores por infieles); en el neocolonialismo contra los mismos, pero por inferioridad genética de la mujer y racial de los colonizados; en la tercera, contra los excluídos que son incapaces de competir debido a su desorden y menor nivel moral, provocado por la "droga" y otras taras genéticas que "se están investigando".

5. Los caracteres del poder punitivo en la globalización latinoamericana.

a. No puede negarse que este fenómeno produce efectos particulares en el control social punitivo de America Latina. El debilitamiento, descapitalización y desapoderamiento de los estados deja a los operadores politicos con pocas posibilidades de ofrecer algo diferente a una actividad gerencial local. Sin embargo, el clientelismo político les exige mostrar otra imagen. La comunicación debe presentar un producto con caracteres atractivos, sin que importe que sean reales. Lo que aparece es lo principal, sin importar lo que en realidad sucede. Los políticos actúan y deciden en función de la comunicación masiva. Se convierten en un espectáculo; los actores definen cuidadosamente sus roles y estudian sus papeles. El estado deviene un espectáculo ante el escaso ejercicio de poder efectivo de sus operadores: no importa que se haga, sino dar la impresión de que se hace. No se actúa sabiendo que alguien observa, sino que se actúa para ser observado: se trata de un cuadro de dramaturgia estatal.

b. El estado ha perdido su poder por una generalizada privatización de casi todos sus servicios y bienes, lo que ha puesto en juego una inmensa cantidad de dinero y provocado grave corrupción por la carencia de controles adecuados al manejo de tantas operaciones simultáneas: la delincuencia de cuello blanco y la dorada son impulsadas por la globalización hasta niveles y montos nunca antes conocidos.

c. Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores "showmen", en razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto rédito político con bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia.

d. Los operadores judiciales también procuran el espectáculo. La justicia penal siempre fue un espectáculo ritualizado, pero ahora se convierte en un espectáculo mediático con alto "rating" y barato. Los actores, acostumbrados al pequeño círculo del espectáculo ritualizado, no siempre tienen éxito cuando pasan a la comunicación masiva. Lo cierto que, en este ámbito, también comienza a actuarse para la comunicación.

e. El estado – espectáculo (con su justicia – espectáculo) es una empresa condenada al fracaso desde el comienzo: no hay actor capaz de mantener su papel durante todo el dia y todos los dias de su vida. Se hace obvia su artificialidad, su amaneramiento o manierismo, su falta

de *grâce du naturel*. El público lo nota y se desacreditan el estado, la política y la justicia: se reclama por la autenticidad perdida.

f. Mientras se desarrollan estos espectáculos, los sistemas penales permanecen iguales o se agravan sus caracteres negativos: violencia, selectividad, efectos reproductor y deteriorante, corrupción y abuso del poder. A esto se agrega la transferencia de instituciones inquisitoriales y autoritarias en función de nuevas emergencias que se las presenta como amenazantes para la subsistencia de la humanidad (tóxicos y terrorismo), pero, como en las anteriores emergencias, no se lo hace para resolver el problema sino para tener un pretexto para represivizar el control social punitivo.

Se destruye el concepto mismo de lo jurídico apelando a un llamado *pragmatismo* (renuncia a la racionalidad, incorporación de componentes antiliberales, reducción de garantías, omision de toda ética republicana) que, *a contrario sensu*, da a entender que las garantías no son "prácticas". El poder punitivo se potencia y elimina sus limitaciones más formales y elementales. La justicia se degrada a función policial y la policía a órgano sin limite ético ni jurídico. Algunas cooperaciones internacionales difunden instituciones inquisitoriales como novedades, cuando son elementos erradicados del poder punitivo por el penalismo del Iluminismo y del racionalismo.

g. El pragmatismo inquisitorial en rigor no es un problema limitado al ámbito penal: dada la íntima relación de las garantias penales con el estado de derecho, este supuesto pragmatismo responde a un pretendido nuevo modelo de estado o estado posmoderno, cuyo paradigma no seria el contrato (como en el estado moderno) y, por ende, un estado éticamente limitado, sino que sería la empresa; su base no sería la justicia sino la eficacia. Dada la caracterlstica corporativa de la empresa del capitalismo transnacional, en realidad, esta pretensión presenta sugerentes analogías con el estado premoderno cuyo paradigma era el organismo o *cuerpo*. Nadie puede llamarse a engaño a este respecto: la discusión que tiene lugar acerca de las garantías y la oposición entre éstas y el pretendido pragmatismo posmoderno es, en el fondo y en la superficie, una discusión sobre modelos de estado.

6. Actores en su circunstancia.

Se trata de explicar las diferentes estrategias desde cada una de las funciones. *¿Qué se puede hacer en estas circunstancias? ¿Cua es la función del derecho? ¿Cual la del criminólogo? ¿cual la del político? En definitiva: ¿Tiene salida positiva esta situación o, por el contrario, reeditamos las formas de autoritarismo y totalitarismo penal de la entreguerra europea?*

a. En el nivel más modesto, el del teórico del derecho penal, la actitud conciente del momento debiera ser la recuperación del poder del discurso, teniendo en cuenta que ese poder, bien ejercido, tiene un considerable efecto reproductor. El poder no puede ejercerse indefinidamente sin discurso.

El penalista ha venido proporcionando discursos legitimantes al poder punitivo. Se trata de que el penalista reduzca su narcisismo y admita que el poder punitivo no pasa por las agencias jurídicas y, por ende, en las agencias de reproducción ideológica del sistema penal (académicas) se limite a legitimar la tarea que le es propia, propòniendo a las agencias jurídicas un ejercicio del poder jurídico como contención del poder no jurídico o punitivo. Para ello no tiene más que reconocer cuál ha sido su verdadera utilidad a lo largo de la historia: cuando ha servido para algo, ha sido para limitar y reducir el poder punitivo

y, por ende, para posibilitar la existencia y reforzamiento del estado de derecho; cuando no ha servido para nada, fue porque se puso al servicio del estado de policía que permanece encapsulado en el seno de todo estado de derecho. Ha llegado el momento en que el penalista debe reconocer la dialéctica *estado de derecho/estado de policía* y ponerse decididamente al servicio del primero.

El poder punitivo lo ejercen las agencias ejecutivas del estado, que son las que seleccionan y – sobre todo – las que vigilan (la real dimensión política del poder punitivo no es la represiva sino la de vigilancia). La verdadera función jurídica es la contención de un fenómeno politíco – que es el poder punitivo –, y de su eficacia dependerá la subsistencia del estado de derecho: un estado con las agencias policiales descontroladas es un autoritarismo o un totalitarismo, pero no un estado de derecho (la *Gestapo* y la KGB eran policías).

La función del jurista no es legitimar las penas con ninguna teoria (todas son falsas), sino establecer los grados de irracionalidad del poder punitivo y poner en juego su poder jurídico para eliminar el de nivel intolerable.

Un nuevo liberalismo penal es lo que requiere la doctrina contemporánea, pero que, a diferencia del fundacional, no legitime ni siquiera parcialmente el poder punitivo, sino que se limite a reducirlo en la medida de su poder jurídico. El ejemplo más cercano dentro del campo juridico es el viejo derecho internacional de la guerra que, desde que los internacionalistas redujeron su narcisismo y admitieron que la guerra no se declara ni desarrolla conforme a sus planificaciones jurídicas, sino que es un simple fenómeno de poder, se ha convertido en el derecho internacional humanitario y tiene por misión reducir la violencia e inhumanidad de las guerras, pero no suprimirlas, porque el poder jurídico internacional no alcanza para ello.

b. ¿Cuál puede ser en esta hora globalizadora la función del criminólogo? El criminólogo no puede perderse en criticas que inmovilicen la dinámica del sistema penal o que lo reduzcan a la impotencia frente al mismo. Su función no puede ser otra que una empresa de conocimiento profundo y detallado del funcionamiento del mismo y del ejercicio del poder punitivo. Una criminología que explique la operatividad de este poder será el elemento orientador indispensable para un derecho penal que se proponga reducirlo y limitarlo. De este modo se volvería a un modelo irtegrado de derecho penal y criminología, pero por la vía exactamente opuesta: la criminología etiológica habría servido para legitimar un derecho penal que pretendía que el poder punitivo se ejerce conforme a sus pautas; la criminología de la reacción social serviria para un derecho penal que quiere limitar el ejercicio de un poder punitivo que no ejerce y que está deslegitimado.

No negamos la importancia eurística de plantear la utopia y, por ende, discutir si es mejor el abolicionismo o el reduccionismo o minimalismo. Toda acción reductora o limitadora del actual poder punitivo debe tener un sentido más general, pero dedicarse en estos momentos a plantear el punto de llegada en una sociedad completamente diferente a la actual, cuando aún no hemos emprendido la marcha desde la actual, e poco menos que absurdo, especialmente cuando sabemos que cualquiera sea el punto de llegada, durante un buen trecho no habrá razón alguna para recorrer senderos diferentes.

c. La tercera pregunta es la más dificil: ¿Cuál es la función del polico en esta etapa? Desde diversas perspectivas se observa el problema de la exclusión en el mundo contemporáneo. Algunos tienen visiones apocalipticas, mostrando un

futuro de desempleo generalizado y sin solución; otros consideran que se puede resolver con medidas más o menos neokeynesianas; otros pretenden que todo se resolverá dejando que el mercado equilibre las cosas. De momento, el mercado, en la periferia del poder planetario, está haciendo que deba competirse con paises que producen con mano de obra casi esclava.

Descartando la tercera hipótesis, porque el mercado es siempre miope y, por ende, camina hacia el abismo y no puede verlo hasta que lo tiene delante, la segunda es relativamente practicable, pero es la única por la que pueden deslizarse los esfuerzos de los politicos a niveles nacionales: tratar de paliar los efectos desastrosos de la globalización, procurando reducir el desempleo estructural que produce la misma. De cualquier manera, hay un fondo de verdad en las visiones apocalípticas: la estructuralidad del desempleo en a globalización.

El fenómeno tiene a crear en los paises latinoamericanos una masa excluída que no responde a la dialéctica explotador/explotado, sino a una *no relación* entre excluído/incluído. El explotado contaba, era tenido en cuenta y estaba dentro del sistema, como explotado pero dentro, el excluído no cuenta, está de más, es un *descartable* que no sirve, sólo molesta. La lógica de este esquema, si no se lo interrumpe, es el genocidio. En la revolución industrial las masas no incluídas eran eliminadas por la emigración, pero en este momento no hay posibilidades de imigración a ningún lugar rentable dentro del planeta. El problema carcelario se generó cuando a los forzados no se pudo enviarlos más a las fronteras ni a las colonias; ahora el problema es de una parte considerable y creciente de las poblaciones.

Pero no todo el negativo en la globalización: la comunicación y la información de acrecientan por la misma lógica globalizadora, ya no es posible cerrar fronteras a la información, en pocos años cualquier Investigador podrá realizar su tarea con la misma información que lo hace el que se halla en un centro académico de fama mundial, desde cualquier lugar del planeta se podrá pensar con los mismos elementos. Todo ello se producirá con costos cada vez menores, dada la propia lógica de la competencia del mercado.

Esta generalización de la información y de las comunicaciones permite una relación desconocida en el industrialismo: la revolución industrial provocó genocidio en el centro y en la periferia, pero entre los niños explotados en las minas y en las ciudades inglesas y los indios y campesinos transferidos con la propiedad de la tierra en América Latina, no había comunicación posible y ni siquiera conocían unos la existencia de los otros. En la era globalizada, esta incomunicación no es concebible: los excluídos de todo el planeta podrán comunicarse y conocerse.

Por otra parte, los valores que pretende generalizar la globalización y el fundamentalismo de mercado son demasiado inhumanos: la mera tenencia de dinero, bienes y poder, nunca puede satisfacer a los humanos por mucho tiempo. Los sintomas de insatisfacción se observan con los histéricos brotes sectarios y búsquedas de nuevas religiones. La globalización, necesariamente, generará culturas alternativas, nuevas búsquedas, nuevas metas humanas (o viejas renovadas). La diversidad de metas culturales es una consecuencia necesaria de la pobreza de las que se quieren imponer y generalizar.

Generalización de la información y culturas alternativas son, pues, dos fenómenos condicionados por la globalización y que, necesariamente, deben conectarse: las culturas alternativas se adueñarán del saber, quizá con mejores

condiciones que la cultura plástica del posmodernismo y que sus pensamientos débiles. Es posible que cumplan la función alternativa de los monasterios en el feudalismo. Las transformaciones se producirán desde las mismas. Los excluidos no podrán serlo del saber, y si el poder es saber, el apoderamiento del saber será apoderamiento del poder.

Ante esta perspectiva, la función del político será, en los debilitados niveles nacionales, ensayar las fórmulas neokeynesianas que el enflaquecldo poder de los estados les permita, pero en los niveles locales, en las manifestaciones secundarias o terciarias del estado, en las provincias y municipios, debe ser muy otra: generar las condiciones básicas de satisfacción elemental de alimentación, higiene, saludo y, sobre todo. educación. entendida como el entrenamiento para que la población puede apoderarse de ese saber democratizado. Las revoluciones de la era tecnológica no pueden pensarse con los esquemas de la revolución industrial: no se trata de tomar el palacio de invierno, sino de tomar el saber.

Esta, y no la venta de ilusiones a través de leyes penales. debe ser la principal función del político en la época de la globalización como tercer momento del ejercício del poder planetario.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

LIBERDADE DE IMPRENSA E TUTELA PENAL DA PRIVACIDADE – A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

MANUEL DA COSTA ANDRADE

"O regime político que nós seguimos não inveja as leis dos nossos vizinhos, pois temos mais de paradigma para os outros do que seus imitadores. O seu nome é democracia (...) Participamos livremente na administração dos assuntos públicos, mas não escrutinamos com curiosidade e suspeição a vida particular dos nossos concidadãos, não os censuramos se fazem alguma coisa a seu bel – prazer nem lhes lançamos aqueles olhares de censura que, mesmo quando não ferem, estigmatizam." – TUCÍDIDES, *História da Guerra do Peloponese*. Livro II, 37.

"Neste mundo desapiedado e devassado não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido, que os bichos ainda podem sentir na toca. Agora já ninguém é dono de si e do seu pudor. Somos públicos e baldios. À hora menos pensada, por artes do primeiro bisbilhoteiro profissional que nos saia no caminho, perdemos toda a densidade humana e ficamos espectrais e sem duração na leviana fugacidade de uma notícia." – MIGUEL TORGA, *Diário, XVI*.

SUMÁRIO: I. Conflito e princípios de superação – II. A privacidade/intimidade como bem jurídico-penal – III. Tipicidade e ilicitude.

I. Conflito e princípios de superação

1. a) A privacidade/intimidade integra aquele universo de bens jurídicos – entre outros: honra, palavra, imagem, autodeterminação informacional – que, se caracterizam pela essencial e irredutível "vinculação social" (*Sozialbezogenheit*) e são, por isso, portadores de uma "imanente colisão de valores" (*immanenten Wertkolision*)[1]. Trata-se, de bens jurídicos que se realizam na comunicação intersubjectiva e no "contacto social", em que a pessoa aspira a participar em liberdade e autonomia, sc., à margem de manifestações intoleráveis de heteronomia e coerção. Trata-se, por vias disso, de bens jurídicos cujo sacrifício ou lesão acontecem normalmente no ambiente do "contacto social" e sob a forma de actos de comunicação.

Estes atentados são freqüentemente concretizados através da palavra, a "instituição das instituições" (BAPTISTA PEREIRA). Em termos tais que a sua punição acabará, não raro, por redundar em punição da palavra e da comunicação. De forma mais ou menos larvada, a criminalização neste campo pode acabar por ferir a raiz que, em última instância,

(1) Sobre a *vinculação social* e a *imanente colisão de valores* destes bens jurídicos, A. ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Zürich, 1969, p. 47 e *passim*. Cf. ainda Th. LENCKNER, *Noll-GS*, 1984, p. 244 seg.

empresta significado, densidade axiológica e dignidade penal aos bens jurídicos em nome dos quais se pune. Uma consideração que ganhará em evidência à medida que, em vez da *conflitualidade vertical* entre a pessoa e o sistema social, subjectivizado por um poder político, mais ou menos legitimado, se privilegiar a *conflitualidade horizontal* entre pessoa e pessoa. Ou entre a pessoa e os singulares subsistemas, funções ou instituições do sistema social. Uma conflitualidade a que a descoberta da *eficácia exterior* (o *Drittwirkung* de que falam os autores e os tribunais alemães) dos direitos fundamentais veio emprestar densidade jurídica. Desde logo jurídico-constitucional. Já que os direitos fundamentais emergem como *imperativos de protecção (Schutzgebote)*, o reverso necessário das *proibições de agressão (Eingriffsverbote)*.

b) Entre a fenomenologia da conflitualidade precipitada pela projecção destes bens jurídicos pessoais no plano horizontal, avulta sobremaneira a colisão com o *exercício da liberdade de imprensa*. Desde logo, pela sua frequência e relevo prático-jurídico. Como DEGENHART recorda, "este conflito entre a tutela da personalidade e a liberdade de comunicação social configura a constelação problemática de maior relevo prático no desenvolvimento dos direitos da personalidade em geral"[2]. Acresce a elevada complexidade dogmática com que esta conflitualidade desafia o intérprete e aplicador do direito.

A criminalização do chamado *abuso da liberdade de imprensa* tem subjacente uma conflitualidade raramente recondutível à fórmula canónica correspondente à metáfora de LISZT, da espada de dois gumes: a protecção de um bem jurídico-penal à custa do sacrifício da liberdade-a liberdade do agente real a punir ou a liberdade dos agentes potenciais a ameaçar.

A protecção jurídico-criminal de um qualquer bem jurídico pessoal (v.g., a privacidade) arrasta aqui o sacrifício, para além da *liberdade geral* que motivava já o cuidado de LISZT, da *liberdade de imprensa*, um direito fundamental de tão eminente como consensual dignidade. Acrescem, a desequilibrar a balança, os valores ou interesses directamente servidos pelo normal e livre exercício da liberdade de imprensa ou a ela incindivelmente associados. Também eles, não raro, valores de cúpula na ordenação axiológica de uma comunidade democrática. Tudo motivos de complexidade acrescida, mas cuja redução não reclamará, em qualquer caso, critérios ou princípios novos. Tudo estará em densificar o sentido e o espectro de exigências das categorias do discurso da criminalização, *maxime* a *dignidade penal* e a *carência de tutela penal*. Um jogo de pesos e contrapesos que há-de naturalmente induzir um estreitamento significativo do punível.

A complexidade e as dificuldades sobem exponencialmente de tom quando, para além disto, se constata que nem sempre é possível referenciar com segurança o alinhamento dos interesses e as fronteiras do antagonismo. É que, em vez de obedecerem sempre a um desenho linear, os interesses ou valores em colisão dispõem-se muitas vezes numa teia em que as linhas de afrontamento se cruzam e entrecruzam.

Daí a frequência com que a experiência quotidiana segrega constelações típicas de algum modo rebeldes ao enquadramento normativo segundo o modelo da tradicional ponderação de bens jurídicos. A criminalização pode, em concreto, consumar o sacrifício de bens iguais ou idênticos àqueles a cuja protecção ela está supostamente preordenada. Nem estará, inversamente, excluída a hipótese

(2) Ch. DEGENHART, *JuS*. 1983, p. 362

de a redução ou exclusão do punível e, nesta medida, o aparente alargamento e reforço da liberdade de imprensa, resultar por seu turno em sacrifício ou ameaça dos valores ou interesses que, no fundo, dão suporte axiológico e legitimação ético-jurídica à liberdade de imprensa.

2. a) Nada mais ocioso do que enfatizar o significado da liberdade de imprensa no contexto de um Estado de Direito "baseado na *dignidade da pessoa humana* e na *vontade popular*" (artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa). De forma axiomática, a liberdade de imprensa emerge, ela própria, como um *direito fundamental* e (*hoc sensu*) como uma *instituição* – "uma instituição moral e política" na caracterização de COING[3] – basilar e irrenunciável da sociedade democrática e do Estado de Direito. Ou, na caracterização intencionalmente carregada do Tribunal Constitucional Federal alemão, um "elemento essencial", "pura e simplesmente constitutivo"[4] de um Estado assente na liberdade.

Esta dupla e cumulativa referência – pessoal-individual e comunitário-institucional – parece emprestar à liberdade de imprensa o estigma das duas caras de Jano. De todo o modo, é decididamente este duplo fim-de-protecção que o Tribunal Constitucional Federal atribui ao artigo 5 da Lei Fundamental, uma compreensão das coisas em que o aerópago de Karlsruhe é acompanhado pela generalidade da doutrina. E não cremos que possa ser significativamente outro o sentido a adscrever à liberdade de imprensa reconhecida e protegida pelos artigos 37.º e 38.º da Constituição da República portuguesa.

Trata-se, apesar de tudo, de um complexo problemático com implicações normativas e prático-jurídicas de tomo (em sede, *v.g.*, de conflito, ponderação e limites), a reclamar, por isso, uma clarificação *per summa capita.*

Não cremos, com efeito, que hoje possa pertinentemente reeditar-se qualquer das concepções monistas da liberdade imprensa. Como aquelas que já fizeram história e que na sua versão ideal-típica tendiam a definir o indivíduo ou, no extremo oposto a comunidade (*rectius*, a sociedade organizada em estado democrático) como seu portador exclusivo.

A primeira teve uma trajectória sobreponível à da *Weltanschaung* liberal, tendo recebido do ideário iluminista e jusracionalista o pertinente suporte filosófico[5]. A liberdade de imprensa emerge, assim, como uma *liberdade da pessoa*, como dimensão autónoma do livre desenvolvimento da personalidade e, por vias disso, sistematicamente reportada ao *homem* ou ao *cidadão*[6].

Diferentemente, já a segunda e alternativa concepção – que começou a ganhar vulto no imediato pós-guerra e graças

(3) *Apud* FIGUEIREDO DIAS, *RLJ* ano 115º (1982-83) p. 105.

(4) A expressão "*Wesenselement des freiheitlichen Staates*" consta, *v. g.*, da decisão vertida pelo Tribunal Constitucional sobre o *Caso Spiegel* (05.08.1966). Cf. NJW, 1966, p. 1604. A fórmula "*schlechtin konstituirend*", pode, por seu turno, ler-se no aresto do mesmo Tribunal Federal sobre o *caso Lüth* (15.01.1958). Cf. *NJW*, 1959, p. 258.

(5) Para uma síntese histórica, cf. RIDDER, *Staatslexikon*, p. 648 et seq.

(6) Foi com este conteúdo e alcance que ela fez a sua aparição na plétora de documentos (*bills of rights*, Declarações de Direitos ou textos constitucionais) a que o iluminismo, o movimento de emancipação das colónias britânicas da América e a Revolução deram origem. Recordamos, por exemplo, que já o *Virginia Bill of Rigths* (de 1776) estabelece (sec. 12) "that the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but by despotic governments".

sobretudo aos estudos de RIDDER[7] – enfatiza o carácter *institucional* da liberdade imprensa, erigindo a sociedade democrática em portador. Segundo RIDDER, a liberdade de imprensa só releva no horizonte, para efeitos e em função do que designa por "*norma fundamental da liberdade público-institucional de expressão (Grundnorm der öffentlichen Meinungsfreiheit*").[8] Isto a partir do postulado de que o Estado de Direito implica a participação colectiva na legitimação do exercício do poder político. Uma participação que terá de ser autónoma, livre e esclarecida reclamando. por isso, *uma liberdade de expressão pública* não controlada nem condicionada pelo próprio Estado. Resumidamente, a liberdade de expressão tem como fim de protecção esta liberdade de expressão pública. De modo substancialmente idêntico ao que sucede com os partidos políticos, como instâncias de polarização e irradiação de correntes de opinião pública.

Como HERZOG precisa, só uma compreensão atenta às "duas raízes"[9] e ao contributo irredutível de qualquer delas pode ajustar-se ao sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática. O facto de ela ter ganho uma dimensão e uma função novas no desenho da sociedade democrática não põe em causa a sua identidade genética. De forma apodíctica: a liberdade de imprensa começou por emergir – e continua a preservar esse estatuto na plenitude das suas implicações – como uma das estrelas maiores na constelação dos direitos fundamentais. Direitos que "não podem ser encarados primacialmente como direitos-dever do indivíduo em relação à sociedade e ao Estado, mas antes (...) em conexão com o princípio da dignidade humana. Que é precisamente mais atingida quando a pessoa e os seus direitos são exclusiva ou prevalentemente sacrificados aos interesses da sociedade e do Estado, isto é são convertidos numa função *(umfunktioniert)* na direcção destes interesses"[10].

É esta no essencial a lição que pode colher-se na jurisprudência relativamente constante e estabilizada do Tribunal Constitucional Federal alemão. Isto pese embora a frequência com que nos seus arestos abundam expressões como "instituto da imprensa livre", "o instituto, imprensa livre", "a independência institucional da imprensa (*institutionelle Eigenständigkeit der Presse*)"[11], a denotar um aparente privilégio da dimensão institucional. Nesta linha, o Tribunal chega mesmo a falar (decisão de 06.10.1959) da "garantia institucional da imprensa como um dos portadores e difusores da opinião pública no interesse de uma democracia livre"[12], associando-lhe o regime próprio de um direito fundamental. Apesar disto e ao mesmo tempo, não deixa aquele Tribunal de pôr em evidência o significado privilegiado da referência pessoal como uma das duas colunas sobre que assenta a liberdade de imprensa.

Como pode ler-se logo no *Lüth-Urteil* (15.01.1958), que viria a converter-se num dos mais marcantes *leading cases* da experiência jurídica germânica: "O direito fundamental de liberdade de expressão, como a mais directa expressão (*unmittelbarster Ausdruck*) da personali-

(7) Cf., do autor *Staatslexikon*, p. 650 et seq.; "Meinungsfreiheit" *in*: NEUMANN/NIPPERDY/SCHEUNER, *Die Grundrechte*. Bd. II, Berlin, 1954, p. 249 et seq; *JZ*, 1960, p. 451 et seq.; *JZ*, 1961, p. 537 et seq.

(8) RIDDER, "Meinungsfreiheit", p. 257.

(9) Cf. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, artigo 5.°, Rn. 6.

(10) HERZOG, *ob. loc. cit.*

(11) Sobre estas expressões, cf. HERZOG, *ob. cit.* Rn. 14.

(12) *Apud*, RIDDER, *Staatslexikon*, p. 650.

dade humana na sociedade, é um dos mais proemitentes direitos do Homem (*un des droits le plus précieux de l'homme* segundo o artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade, '*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo)*"[13].

b) O estatuto de direito fundamental que assiste à liberdade de imprensa reflecte-se em aspectos decisivos do seu regime. De forma sincrética, *impõe limites aos limites a impôr à liberdade de imprensa*.

Naturalmente, nada menos adequado do que a representação da liberdade de imprensa como um direito ou valor absoluto e, como tal, invariavelmente legitimada a impor-se e sobrepor-se a todos os direitos ou valores. Este é, em definitivo, um atributo que a ordenação jurídica democrática não reconhece a qualquer direito. Em circunstâncias e sob pressupostos que caberá definir com o rigor possível, também a liberdade de imprensa terá, não raro, de ceder perante a salvaguarda de valores ou interesses pessoais.

Por outro lado, porém, o legislador (ordinário) não é inteiramente livre na definição, mesmo sob a forma de lei, dos limites ou balizas da liberdade de imprensa.

Deve considerar-se ultrapassado o entendimento que dominou a doutrina e a jurisprudência constitucionais durante a vigência da Constituição de Weimar. E segundo o qual deveria interpretar-se o inciso do § 118, I daquela lei fundamental – "*nos limites da lei geral* (*innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetz*)" – no sentido de que a colisão e a possibilidade de ferir um qualquer bem jurídico seria bastante para ditar, sem mais, o recuo da liberdade de imprensa. "O que significaria (...), formulado de uma maneira mais cortante, que o direito fundamental da liberdade de expressão teria de ceder em caso de conflito com qualquer outro bem juridico, por mais insignificante que ele fosse"[14].

Um estado de coisas que se manteria até ao pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal sobre o *caso Lüth* (15.01.1958), que teve o efeito de uma ruptura e de afirmação de um novo paradigma na compreensão das relações entre a liberdade de imprensa e os bens jurídicos com que ela pode entrar em colisão.

Ainda em vias de decantação, o que podemos designar como o "paradigma do *Lüth-Urteil*" continua o seu curso à procura de uma versão estabilizada. Apesar de tudo, é já possível referenciar as linhas-mestras, que passam por duas ideias nucleares: o princípio do *efeito-recíproco* (*Wechselwirkung*) e o *princípio do efeito-de-irradiação* (*Ausstrahlungswirkung*). A liberdade de imprensa e os valores conflituantes não se perfilam numa relação estática, de fronteiras pré-determinadas e fixas. É o próprio relevo constitucional da liberdade de imprensa que condiciona o alcance em que os valores conflituantes a podem balizar. Por outro lado, as normas de direito (penal) ordinário que estabelecem limites à liberdade de imprensa estarão sempre "iluminadas com a luz da Constituição"[15], devendo ser sempre interpretadas

(13) Cf. *NJW*, 1958, p. 258. Citações em francês e inglês segundo o próprio texto do *Lüth-Urteil*.

(14) HERZOG, *ibidem*, Rn. 251.

(15) K. TIEDEMANN, *Revista española de derecho constitucional*, p. 149. Sobre os princípios do *efeito-recíproco* e do *efeito-*

a partir da tutela da liberdade de imprensa consignada na Constituição.

A doutrina do *Lüth-Urteil* veio influenciar decisivamente a experiência jurídica alemã que, no essencial, continua a prestar-lhe homenagem[16]. Não cremos, de resto, que possa fundadamente questionar-se a pertinência da impostação de fundo desta doutrina. *Maxime* na medida em que referencia no horizonte constitucional os princípios de um programa de política criminal para a área dos crimes cometidos através da imprensa. Na verdade, não poderá deixar de acompanhar-se e aplaudir-se o Tribunal Constitucional Federal quando se volta para a axiologia constitucional como fonte de "orientações e impulsos (*Richtlinien und Impulse*)"[17] a que o discurso da criminalização terá necessariamente de ajustar-se[18].

de-irradiação dos direitos fundamentais em geral, cf. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg*, 1993, p. 27; C-W. CANARIS, *JuS*, 1989, p. 163 et seq. Para o domínio específico do direito penal, *maxime* na perspectiva da liberdade de imprensa, cf. TIEDEMANN, *ob. cit. passim* e E. BACIGALUPO, *Revista española de derecho constitucional*, 1987 p. 90 et seq; U. KLUG, *Oehler-FS.* 1985, p. 397 et seq, *passim*.

(16) Isto sem prejuízo das críticas que desde cedo lhe foram movidas e em que avulta sobremaneira a denúncia dos vícios lógicos que inquinarão a teoria do *efeito-recíproco*, segundo o entendimento generalizado ferida de petição de princípio ou de *Zirkelschluss*. Sobre o tema, cf., por todos, BETTERMANN, *JZ*, 1964, p. 601 et seq. Para além disso, pode ainda questionar-se o acerto da concepção pressuposta pelo *Lüth-Urteil* quanto às relações entre a jurisprudência constitucional e ordinária.

(17) *NJW*, 1958, p. 258.

(18) Cf., neste sentido, desenvolvidamente, TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, p. 3 et seq.

Longe de se circunscrever à Alemanha, o eco da doutrina do *Lüth-Urteil* viria também a fazer-se ouvir na doutrina e na jurisprudência dos sistemas jurídicos que mantém mais ostensivos pontos de contacto e de comunicação com o direito alemão.

Exemplares a este propósito os desenvolvimentos mais recentes ocorridos na Espanha, sob o estímulo e a liderança do Tribunal Constitucional, a que ficaram a dever-se uma série de pronunciamentos que não custará a ler como réplicas do pensamento que animou a citada decisão do seu homólogo de Karlsruhe. Assim, em decisão de 12 de Dezembro de 1986 proclama o Tribunal Constitucional espanhol: "o artigo 20.° da norma fundamental – homólogo do artigo 5.° da lei constitucional de Bona – para além de consagrar o direito à liberdade de expressão e a comunicar ou receber livremente informação verídica, garante um interesse constitucional: a formação e existência de uma opinião pública livre, garantia que se reveste de uma especial transcendência já que, por ser uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos inerentes ao funcionamento de um sistema democrático, se converte por sua vez, num dos pilares de uma sociedade livre e democrática".

3. Já em si e de per si, a liberdade de imprensa configura um dos mais proemitentes direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pela Constituição. Acresce que o seu exercício está normalmente comprometido com a salvaguarda, promoção e prossecução de valores ou interesses de não menos inequívoca dignidade. O que à partida e em caso de conflito empresta à liberdade de imprensa aquela "*posición preferente*" que colhe, *v.g.*, o apoio do Tribunal Constitucional espanhol[19].

(19) Sobre *esta posición preferente* no contexto da experiência jurídica espanhola, cf.

a) Alguns destes valores – que integram a chamada *terceira dimensão* (GRIMM) da liberdade de imprensa – fazem parte do halo axiológico da liberdade de imprensa. Como acontece, no plano individual, com a liberdade de expressão de que constitui mediador (e amplificador) privilegiado. E no plano comunitário com a formação (e permanente renovação e vivificação) de uma opinião pública como seu único mediador eficaz.

Como de todos os lados se reconhece, o confronto livre e aberto de ideias é um "meio indispensável à clarificação racional das representações colectivas e a uma composição racional e consensual de interesses"[20]. Emprestando ao sistema social a indispensável legitimação – *a legitimação pelo processo* (LUHMANN) – a discussão pública desempenha, "uma importante função de coesão social"[21].

Acolhendo-nos mais uma vez à lição do Tribunal Constitucional Federal alemão, agora e concretamente à doutrina do *caso Spiegel* (05.08.1966): "Constantemente chamado a tomar decisões políticas, o cidadão tem de estar completamente informado, conhecer as opiniões dos outros e estar em condições de as confrontar criticamente. Ora, é precisamente a imprensa que mantém esta permanente discussão em acção. Produz as informações, toma ela própria posição sobre as questões e actua, por isso, como força orientadora dos debates públicos. É nela que se articula a opinião pública e os argumentos se clarificam na dialéctica dos discursos e contra-discursos, ganhando contornos claros e facilitando o juízo e a decisão do cidadão"[22].

Por outro lado, a imprensa funciona como instância de ligação e controlo entre o povo e os representantes eleitos, assegurando a transparência dos estados e movimentos da opinião pública, mediatizando, por isso, decisões políticas atentas às representações e aspirações colectivas[23].

b) As transformações registadas no seio da sociedade moderna e na experiência do Estado social vieram tornar as considerações expostas particularmente impressivas. Como, dando-se conta destas transformações assinala BENDA, a acção política reivindica-se cada vez mais dos créditos técnico-científicos. Coisa de iniciados, a decisão política é cada vez mais privilégio de estruturas burocráticas, ganhando progressivamente distanciação e opacidade em relação ao cidadão comum. Isto ao arrepio do "ideal democrático que reclama necessariamente a escolha entre várias alternativas concorrentes e com iguais oportunidades. Só que hoje é cada vez maior a tentação para a imposição de apenas uma das soluções, porque cientificamente sustentada. Ora, quando à partida há só uma verdade, não tem sentido discutir as alternativas"[24]. Enquanto isto, aumentam exponencialmente os "armazéns" de informação (e por vias disso de controlo e de poder) sobre os cidadãos ao dispor do Estado social.

"Enquanto cresce a controlabilidade dos cidadãos, a burocracia torna-se cada vez mais incontrolável" (BENDA)[25]. Neste quadro, só a imprensa livre emerge como instância de actualização da

v.g., BERDUGO DE LA TORRE, *BFDC*, 1989, p. 267.

(20) R. ZIPPELIUS. *Hubmann-FS*. 1985. p. 516.

(21) R. ZIPPELIUS, *ibidem*. Sobre a teoria da *legitimação pelo processo*, especialmente ao nível do sistema político democrático, cf. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1993, p. 137 et seq.

(22) Cf. *NJW*, 1966, p. 1604.

(23) *Id. Ibidem.*

(24) E. BENDA; *W. Geiger-FS*. 1974, p. 23/4.

(25) E. BENDA; *Idem*, p. 24.

opinião pública e, para além disso, como salvaguarda da dignidade humana. Que reclama a possibilidade de participação livre e esclarecida nas decisões sobre a coisa pública.

c) Noutra perspectiva, a liberdade de imprensa pode contribuir para assegurar a transparência da administração pública, a promoção e divulgação dos valores estéticos, científicos e culturais ou a preservação do património natural ou artístico. Como pode ter um papel insubstituível na denúncia da discriminação, atentados e maus tratos contra grupos menos protegidos ou na descoberta e prevenção de fenómenos sociais negativos como a corrupção. Uma consideração das coisas que, a seu tempo, levava já PAULUS a sustentar: *"eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum, ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire"*[26].

4. a) Mas há o outro lado das coisas. A começar, não pode desatender-se o facto óbvio de o desempenho da liberdade de imprensa só ser frequentemente possível à custa do sacrifício de bens jurídicos pessoais, correspondentes a outros tantos direitos fundamentais e, como tais, também eles instituições basilares e irrenunciáveis da organização democrática. Mais uma vez: a honra, a privacidade, a intimidade, o segredo, a palavra, a autodeterminação informacional ou até o direito à ressocialização. Na certeza de que os atentados levados a cabo através da imprensa podem desencandear efeitos particularmente devastadores e irreversíveis sobre os bens jurídicos atingidos. Como nesta linha, e a propósito das constelações mais extremadas refere OSSENBÜHL: "Numa inextrincável mistura de afirmações de facto e de juízos de valor ele vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassínio da honra *(Rufmord)*. Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora directa da tortura medieval. Em qualquer dos casos é irrecusável o seu *efeito-de-pelourinho"*[27].

b) A comunicação (social) em que se actualiza a liberdade de imprensa pode ainda projectar-se em efeitos negativos e indesejáveis sobre outra dimensão da comunicação: a comunicação humana originária, directa, face-a-face, entre cada um e os "outros significantes" no ambiente das suas emoções e encantamento. Precisamente aquela comunicação cuja raíz se confunde com o étimo antropológico e irredutível da pessoa.

Compreende-se, assim, a necessidade de preservar e proteger a inocência e a

(26) Cf. W. REIN, Das *Kriminalrecht der Römer*, Aalen 1962, p 367.

(27) F. OSSENBÜHL, *JZ*, 1995, P. 634. No mesmo sentido, M. KRIELE, *NJW*, 1994, P. 1897 et seq. Do lado da jurisprudência, e reportando-se concretamente à televisão, cf. v.g. o aresto do Tribunal Constitucional Federal sobre o *caso Lebach*. *NJW*, 1973, P. 1231. Trata-se, aliás, de agressões tanto mais gravosas "quanto maior for a audiência dos Media" (ZIPPELIUS). É a esta particular danosidade social do ilícito criminal cometido através da imprensa que a generalidade das legislações procuram fazer face com a agravação das penas cominadas. Isto na esteira de uma tradição com precedentes já no direito romano. Que adscrevia a qualificação da *atrocitas* às *injuriae* levadas a cabo nos lugares públicos, em relação aos quais os meios de comunicação de massas aparecerão como o sucedâneo mais óbvio no contexto da experiência contemporânea. De acordo com as fontes, *"atrox injuria aestimatur (...) vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro injuria facta sit"*. Cf. REIN, *op. cit.* p. 366

autenticidade da comunicação, à margem da alienação e da coerção. Um valor cujo significado vem sendo particularmente posto a descoberto pela teoria da acção comunicacional de HABERMAS[28]. E que a comunicação social pode pôr em causa, pela utilização abusiva e sem restrições de processos de reificação e manipulação heterónoma da imagem, da palavra. da representação da vida pessoal, etc.

c) Impressivo o facto de o exercício da liberdade de imprensa resultar, não raro, em sacrifício da mesma liberdade de imprensa.

Num mundo cada vez mais dependente da informação e da sua circulação, também a vida da imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho etc.) constitui matéria interessante e recorrente de notícia, análise e crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas pertinentes à área da comunicação social. E confrontar o direito – e o direito penal, em particular– com manifestações de conflitualidade entre liberdade de imprensa e liberdade de imprensa.

É o que comprova a frequência com que na teia dos tribunais criminais os papéis de acusado e ofendido são simultaneamente ocupados por pessoas da imprensa. E que assumem o estatuto jurídico-processual precisamente por causa da sua pertinência, a diferentes títulos, ao sistema da imprensa.

Exemplar a este propósito a lição deixada pelo *caso Wallraff,* tratado pelos tribunais alemães e que levou o Tribunal Constitucional a proclamar que "o direito fundamental de liberdade de imprensa garante também a *confidencialidade do trabalho da redacção dos jornais e revistas*" (25.01.1984).

d) Convirá ainda ter presentes as sequelas das transformações a nível da organização empresarial que hoje suporta a liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa é "cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou de grupos de interesse"[29]. As empresas de comunicação social tendem a integrar grupos económicos de grande escala, numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal dos mercados. Tudo com reflexos decisivos: na direcção do poder político, da actividade jomalística e das pessoas concretamente atingidas.

Desde logo, alteraram-se as linhas da polaridade entre a imprensa e o Estado. A liberdade de imprensa fez a sua entrada na história prevalentemente, se não mesmo exclusivamente, como *Abwehrecht* face ao arbítrio do poder político. Hoje, também o poder político terá de cuidar da salvaguarda da integridade da sua legitimação face ao "poder" da imprensa. Como, dando-se conta das "novas fronteiras entre a liberdade de imprensa e o Estado" observa OSSENBÜHL: "Hoje não são tanto os *media* que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos *media*"[30].

As mudanças são igualmente sensíveis na direcção da actividade jornalística, onde induzem novas linhas de conflitualidade entre a liberdade de imprensa (que se actualiza naquela actividade) e a liberdade de imprensa (que se concretiza na organização empresarial).

(28) Cf.. sobretudo. HABERMAS, *Theorie, passim.*

(29) VITAL MOREIRA, *O Direito de Resposta na Comunicação Social,* Coimbra, 1994, p. 9.

(30) F. OSSENBÜHL, *JZ,* 1995, p. 636.

Também não pode desatender-se a desproporcionada *desigualdade de armas* entre a comunicação social e a pessoa, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social, em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar.

Os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autónomos, obedecendo a "políticas" próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as "irritações" do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo.

A este propósito, GADAMER fala mesmo de "violência". A violência de uma opinião pública administrada pela "política" da comunicação de massas e actualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar"[31]. A informação – explicita o autor–já não é directa mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão selectivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes meios são controlados nos Estados democráticos através da opinião pública. "Mas sabemos também como a pressão objectiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controlos. Com outras palavras: exerce-se violência"[32].

5. As considerações expostas assinalaram alguns tópicos que permitirão actualizar a consciência da complexidade extremada com que os conflitos entre liberdade de imprensa e bens jurídicos-pessoais confrontam tanto o legislador penal, como o intérprete e o aplicador do direito.

E face à qual mesmo axiomas basilares e tão estabilizados como o imperativo *in dubio pro libertate* perdem muita da sua fecundidade heurística. Isto porquanto a escolha será aqui sempre e inevitavelmente contra a liberdade. É que, de um lado, está aquela liberdade geral, que em princípio faz resistência à criminalização de condutas. A que acresce a liberdade de imprensa (e as liberdades que ela mediatiza e actualiza) a merecer protecção mesmo contra as formas mais subtis de auto-censura. Do outro lado, estão as liberdades correspondentes a bens jurídicos como a privacidade/intimidade.

6. a) Tudo , se conjuga assim, no sentido de a *fragmentaridade*, conatural ao direito penal, ganhar aqui uma expressão reforçada. Uma fragmentaridade acrescida que tanto pode actualizar- se em sede de tipicidade, sob a forma de redução da área de tutela típica consignada à *privacidade/intimidade,* como em sede de ilicitude, alargando-se, em número e alcance justificativo, o espectro das derimentes.

São, a começar, conhecidas as categorias e princípios que polarizam e sustentam o discurso da criminalização. Categorias que, por sobre corresponderem a consensos comunitários basilares e generalizados, contam com expresso sancionamento constitucional. E que, do mesmo passo que legitimam materialmente o recurso às sanções criminais, como superação contrafáctica dos conflitos sociais, lhe adscrevem e prescrevem limites tão consistentes como incontornáveis.[33] E em que avultam a *dignidade penal* e a *carência de tutela penal*, dois princípios que configuram outras tantas marcas da ilicitude penal,

(31) H. G. GADAMER, *Elogio de la teoria*, Barcelona, 1993 p. 115 et seq.

(32) VITAL MOREIRA, *op. cit.* p. 33.

(33) Sobre o tema, MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt, 1973; *Dreher-FS*, 1977, p. 97 e segs; C. CUNHA, *Constituição e Crime*, Porto, 1995, *passim.*

que a distinguem e contrapõem em relação às demais manifestações de antijuridicidade.[34]

É o respeito destas exigências que acaba por prevenir o perigo "hipertrofia da punibilidade" (SCHÜNEMANN) para que propenderia um direito penal que erigisse a protecção do bem jurídico em critério exclusivo e esgotante da conformação e da interpretação da norma incriminatória.

Hoje, resulta particularmente óbvia a advertência de WELZEL, segundo o qual o direito penal não pode encarar os bens jurídicos como "peças de museu, zelosamente guardadas em vitrinas, fora do alcance de influências lesivas e só acessíveis ao olhar dos espectadores". A realidade social do direito, é outra: "só há bens jurídicos se e na medida em que estão-em-função, isto é, em que se inserem na vida social provocando e sofrendo efeitos. A vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., não estão pura e simplesmente aí, antes o seu estar-aí *(Dasein)* é um estar-em-função, desencadeando e suportando efeitos na vinculação social."[35]

Louvando-se expressamente da lição de WELZEL recorda JAKOBS que não há bens jurídicos que gozem de uma tutela penal absoluta. A sociedade e o direito não são instâncias pura e simplesmente votadas à preservação e maximização dos bens jurídicos. "O que está em causa é antes o sacrifício de bens jurídicos para tornar possível o contacto social, também ele recondutível à categoria de bem jurídico. Saber que riscos pode suportar um bem jurídico no contacto social sem desencadear a protecção penal é o que não pode fazer-se decorrer, sem mais, dos bens jurídicos coenvolvidos no contacto social (...) As normas não podem proteger um bem jurídico contra todos os riscos, mas apenas contra os que não são consequência necessária do contacto social permitido. O que a doutrina do bem jurídico só por si não pode definir é o que é um contacto social permitido."[36]

b) As considerações enunciadas ganham em pertinência face ao problema da protecção jurídico-penal de bens jurídicos como a honra, a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem. Sobretudo quando aquela protecção é feita à custa da criminalização do exercício da liberdade de imprensa.

Desde logo, por força da singularidade do conflito que opõe a liberdade de imprensa àquele universo de bens jurídicos. Um conflito entre valores de igual dignidade pessoal, comunitária e institucional, porque aberto entre direitos fundamentais. E que coloca o legislador (penal) numa situação de antinomia: só pode honrar o dever de protecção (*Schutzpflicht*) de direitos fundamentais, sacrificando o dever de defesa contra agressões (*Eingriffsabwehr*) reivindicada por outros direitos fundamentais.[37]

c) Para além disso, a contenção do legislador é reclamada por razões de política criminal especificamente atinentes aos bens jurídico-penais a proteger. Temos fundamentalmente em vista, para além das já citadas *teoria do efeito-recíproco* dos direitos fundamentais e *estrutura axiológico-material* dos bens jurídicos, a *redução vitimológica* da pertinente área de tutela.

(34) Para uma maior aproximação. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *RPCC*, 1994, p. 337 et seq; COSTA ANDRADE, *RPCC*, 1992, p. 173 et seq.

(35) H. WELZEL, *ZStW*, 1939, p. 314/5.

(36) G JAKOBS, *Strafrecht*, At, Berlin. 1992, p. 45.

(37) Sobre a antinomla entre o *Schutzpflict* e o *Eingriffsabwehr* de direitos fundamentais em conflito, desenvolvidamente, R. OETER, *AöR*, 1994, p. 529 e segs; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1994, p. 410 et seq.

Recorda-se que a chamada *vitimodogmática* fez o seu aparecimento a partir da segunda metade dos anos setenta,[38] agitando como bandeira a necessidade de dar expressão dogmática à (co-)responsabilidade da vítima pela integridade dos bens jurídicos de que é portadora. Trazendo consigo uma nova repartição dos custos e dos riscos (entre o autor e a vítima), ela aponta invariavelmente para uma redução da responsabilidade criminal do agente.

Na interpretação de SCHÜNEMANN, o princípio vitimológico valerá hoje como uma das "máximas mais importantes da legislação penal."[39] O seu desenvolvimento doutrinal e o rastreio do espectro das suas implicações prático-jurídicas persiste, por isso, como "uma das tarefas dogmáticas mais importantes das próximas décadas."[40]

O princípio vitimológico valerá fundamentalmente como expressão – ou ao menos como a "concretização mais importante" (SCHÜNEMANN) – do princípio de subsidiaridade ou de *ultima ratio*. Acolhendo-nos ainda à síntese de SCHÜNEMANN: "Se o direito penal é subsidiário em relação a todas as demais formas jurídicas de protecção de bens jurídicos, então isso tem de começar por valer logo em relação às formas possíveis e exigíveis de auto-tutela por parte da vítima potencial."[41] Donde ressalta, como corolário, "o princípio de que só podem subsumir-se na factualidade típica as acções que ultrapassem os meios de auto-tutela possíveis e exigíveis da vítima potencial."[42]

Embora com a pretensão de valer como princípio geral de interpretação, redução teleológica do tipo e exclusão da ilicitude, a verdade é que a perspectiva vitimodogmática se tem privilegiadamente circunscrito a duas grandes áreas: a *Burla* (e mais precisamente o elemento típico *erro*)[43] e incriminações como: devassa da vida privada, violação de segredo e gravações e fotografias ilícitas. Entre os estudos pioneiros de vitimodogmática avultam precisamente as investigações de SCHÜNEMANN sobre a devassa da vida privada.[44]

Não se antolha fácil antecipar com segurança o lugar que a doutrina geral do ilícito penal virá a reservar ao pensamento vitimodogmático. De qualquer forma, se há domínio em que a sua fecundidade heurística e adequação político-criminal se mostram evidentes e consensuais, é seguramente o dos crimes contra a privacidade/intimidade. Para além de o pensamento vitimológico estar geneticamente associado a estes crimes, é invariavelmente a eles que os seus defensores recorrem para efeitos de ilustração e de argumentação.

Significativamente, mesmo os autores mais adversos da vitimodogmática como perspectiva geral, não deixam de reconhecer a sua pertinência e acerto na área circunscrita destas infracções. É o que

(38) Para uma informação mais aturada, cf. TH. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Gojöttingen, 1981, *passim*.

(39) SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 32.

(40) SCHÜNEMANN, *Bockelmann-FS.*, 1979, p. 130.

(41) SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 32.

(42) SCHÜNEMANN, in: SCHNEIDER, (Herausg.), *Das Verbrechensopfer in Strafrechtspflege*, Berlin, 1982, p. 412.

(43) Isto a partir do estudo de K. AMELUNG, *GA*, 1977, p. 1 et seq. e, sobretudo, da investigação monográfica de R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1980. A que se seguiu uma série já incontrolável de trabalhos, com destaque para o de F. J. KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt, 1984.

(44) SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, *passim*. Como AMELUNG recorda os crimes contra o segredo e a privacidade configuram um dos campos privilegiados e conaturais da vitimodogmática. Cf. *GA*, 1981, p. 579 et seq.

bem documenta a posição assumida, *v.g.*, por LENCKNER. O autor começa por recensear, em termos abertamente críticos a perspectiva vitimodogmática, estigmatizando-a como proporcionando "um clima social em que cada um – *homo lupus homini* – vê no outro um inimigo".[45] Para imediatamente, e reportando-se a incriminações que contendem com a privacidade e o segredo, acrescentar: "Evidentemente, isto não significa que não haja elementos da factualidade típica vitimologicamente cunhados e que o princípio da auto-responsabilidade do portador do bem jurídico não possa também ter um papel decisivo na determinação da extensão dos tipos legais de crime em sede de interpretação da lei. Só que, mesmo aí, não se trata de um autónomo princípio (vitimodogmático) de redução do tipo, mas do problema geral da interpretação teleológica, onde, em concreto, os aspectos vitimológicos podem também assumir relevo."[46]

Para além disto, cremos serem óbvias as razões que explicam a abertura destas incriminações ao pensamento vitimodogmático. Que pode fazer curso sob designações concorrentes, designadamente a título de *Handeln auf eigene Gefahr*. De uma forma ou de outra, trata- se sempre de dar expressão ao axioma segundo o qual "a concretização dos deveres constitucionais de protecção depende tanto da natureza e dignidade dos bens jurídicos arneaçados, da intensidade das ameaças *como das possibilidades de autotutela do (portador) ameaçado"* (CANNARIS)[47]. Ora, dificilmente se encontrarão bens jurídico-penais que possam contar com tão extensas e consistentes alternativas de auto-tutela.

A exposição ao escrutínio e devassa, nomeadamente por parte da imprensa, depende fundamentalmente do estatuto, da postura e do comportamento de cada um. Que pode conduzir-se sob o manto do anonimato que é apanágio do cidadão comum. Ou mover-se no círculo dos que fazem a história do seu tempo ou a ela, em qualquer caso, privilegiadamente pertencem: é o que, com a plasticidade da lei alemã se designam como *pessoas da história do seu tempo (Zeitgeschichte)*.[48] Tanto em sentido *absoluto* (protagonistas da vida política, cultural, desportiva, artística, económica, etc.) e como tais permanentemente expostas à curiosidade e interesse públicos ; como em sentido *relativo*, *sc. ex vi* da participação activa ou passiva (agentes ou vítimas de crimes, de acidentes ou catástrofes, ganhadores de lotarias, etc.) em eventos de interesse público e só *nesta medida* expostas à curiosidade e interesses (legítimos) do público.

II. A privacidade/intimidade como bem jurídico-penal

7. a) A *privacidade* corresponde à necessidade de entrincheiramento do homem contemporâneo nos espaços de acção e interacção pessoais, densificados de "encantamento" e emoção e sem directa valência sistémico-social.

(45) Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, Rn. 70b antes do § 13.

(46) *Id. Ibidem*. No mesmo sentido e advogando limites à tutela penal da honra "por razões que radicam no próprio portador do bem jurídico", LENCKNER, *Noll-GS.*, p. 246.

(47) C. W. CANARIS, *JUS*, 1989, P. 163.

(48) A expressão consta designadamente do § 23 da KUG (*Kunsturhebergesetz*) alemã. Para uma referência mais desenvolvida, G. ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen, 1970, p. 22 et seq.; 107 et seq. e 134 et seq. Sobre a distinção entre pessoas da Zeitgeschichte em sentido *absoluto* e *relativo*, cf. NEUMANN-DUESBERG, *JZ*, 1960, p. 114 et seq.

A sociedade "moderna", "desencantada" (WEBER), assente na diferenciação, objectivação de papéis, abstracção e generalização de expectativas e, por isso, dominada pela tensão para a conformidade e o controlo, coloca o indivíduo na situação de *homeless* [49]. Para vencer o desconforto desta situação o homem contemporâneo procura cada vez mais "a luz da lâmpada do privado" (MARX), levando consigo o encantamento das emoções, da liberdade, da religião, da intimidade, da sexualidade, da própria identidade, em síntese, das coisas que "verdadeiramente contam" (LUCKMANN)[50]

Imprescindível ao indivíduo, a reserva da privacidade acaba outrossim por actualizar funções significativas para a própria sociedade.

Ao primeiro assegura a margem necessária ao cultivo da liberdade e da emotividade, da contra-cultura e da "*desmodernização*" cada vez mais reclamada face às exigências crescentes da "hipermodernização"[51]. E, por vias disso, protege o indivíduo do perigo de sucumbir física e psiquicamente ante a avalanche de ruídos e estímulos da sociedade moderna[52].

Em relação à sociedade a privacidade tem, desde logo, uma importante eficácia preventiva ao garantir que muitas violações das normas sociais não cheguem a pôr em causa a sua estabilização. Na esfera da privacidade podem cultivar-se construções alternativas da realidade social sem pôr em causa a sempre precária definição oficial. A privacidade pode operar, assim, como o que PARSONS designa por "*mecanismos de isolamento*" que "têm a função de impedir que elementos potencialmente conflituantes da estrutura social e cultural entrem em contacto, mantendo relativamente latentes conflitos que de outra forma poderiam desencadear ou exacervar uma luta aberta"[53].

(49) Cf., neste sentido, desenvolvidamente, a obra de P. BERGER/B. BERGER/H. KELLNER, sob o título sugestivo *The Homeless Mind*, Midlesex. 1981, *passim*. Para uma compreensão e enquadramento teórico mais aturado dos tópicos citados no texto, P. BERGER, *The Heretical Imperative*, N. York, 1980; P. BERGER/B. BERGER, *The War Over the Family* Midlesex, 1983; TH. LUCKMANN, *La religión invisible*; Salamanca, 1973; K. AMELUNG *ZStW*, 1986, p. 392 et seq. Para uma síntese, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, Coimbra, 1991, p. 371 et seq.

(50) LUCKMANN ob. cit., p. 122.

(51) Sobre estes conceitos, BERGER/BERGER, *The War Over the Family*, p. 121 et seq.

(52) AMELUNG, *ZStW*, 1986, p. 392 et seq. Em sentido convergente, referindo-se à reserva da privacidade como exigência da dignidade humana e como "pressuposto existencial" no contexto da sociedade moderna, BENDA, *W. Geiger, F.S.*, p. 32 et seq. Sobre o tema, cf. ainda MOTA PINTO, *BFDC*, 1993, p. 501 et seq.

(53) T. PARSONS, *El Sistema Social*, Madrid, 1976, p. 291 et seq. No mesmo sentido, AMELUNG, *ZStW*, 1986, p. 388. Sobre a funcionalidade sistémico-social do não-conhecimento (sc., da privacidade) da *deviance*, cf. ainda H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968, *passim* e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, Coimbra, 1984, p. 367 et seq. Sobre a precaridade e problematicidade das construções sociais da realidade perante a ameaça das construções alternativas, desenvolvidamente, P. BERGER/TH. LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1976, *passim*, sobretudo, p. 121 et seq. Segundo os autores: "Toda a realidade social é precária. Todas as sociedades são construções que enfrentam o caos. A permanente possibilidade do terror anómico actualiza-se cada vez que são ameaçadas, ou se

b) Como SCHÜNEMANN observa, "a protecção de uma área privada de reserva significa o reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a sua esfera privada ou, noutros termos, a autodeterminação da pessoa sobre a sua esfera privada ou ainda a defesa contra a intromissão da sociedade ou do Estado na esfera privada". O que aqui avulta como objecto de tutela penal é, "o interesse que o indivíduo tem em que determinados eventos que apenas dizem respeito à sua própria vida ou à dos seus familiares mais próximos e assumem, por isso, um carácter *'íntimo'* não sejam do conhecimento de terceiros ou, de qualquer forma, não sejam trazidos à luz da publicidade" (GALLAS)[54].

Dito com Otto: "o bem jurídico é a área da vida eminentemente pessoal do indivíduo *(höchstpersönliche Lebensbereich der Person)* em que este pode realizar-se de acordo com as suas próprias representações sem ser perturbado ou inibido pelo medo de uma discussão pública da sua vida privada"[55].

c) Esta é uma compreensão *material* da privacidade/intimidade: é a natureza ou conteúdo específico dos eventos ou vivências que determina a sua pertinência à esfera e ao regime do correspondente bem jurídico-penal.

É seguramente a esta privacidade em sentido material que a Constituição da República empresta o reconhecimento, o sancionamento e a protecção do artigo 26.º, n.º 1 (*"reserva da intimidade da vida privada"*). E não cremos que outro possa ser o entendimento a propósito da incriminação constante do artigo 192 (*Devassa da vida privada*) do Código Penal.

Para além disso, pode falar-se de privacidade em *sentido formal.* A privacidade é aqui definida a partir de um "tabu formal" (GALLAS) de segredo e reserva, a coberto do qual as pessoas podem colocar determinados processos de acção e comunicação e cuja violação é punida em si, independentemente do conteúdo das informações ou da natureza dos dados devassados. "Digno de pena, sob este ponto de vista, não é quem lesa um interesse material do outro na preservação do segredo, mas antes quem atinge a pretensão do outro em que sejam respeitadas as barreiras preordenadas á tutela da sua própria esfera, bem como o seu direito exclusivo de disposição sobre essa esfera"[56]. Como acontece seguramente com as incriminações da *Violação de correspondência ou de telecomunicações* (artigo 194) ou da *Violação de segredo* (artigo 195).

8. a) Convirá, por outro lado, assinalar a consciência da relatividade, elasticidade e insegurança que, apesar de tudo, continuam a marcar o conteúdo e alcance da privacidade/intimidade. Tanto no plano da conceptualização dogmático-doutrinal como no terreno do enquadramento jurisprudencial das singulares e centrífugas expressões segregadas pela vida.

esbatem as legitimações que ocultam a precaridade". *Op. cit.*, p. 134. No mesmo sentido, P. BERGER, *Zur Dialektik von Religión und Gesellschaft,* Frankfurt, 1988. p. 24 et seq. O autor recorda, a propósito, o "pânico homossexual", a ameaçar permanentemente a legitimação do "programa sexual". Para uma consideração mais aturada da funcionalidade sistémico-social da privacidade, TH. LUCKMANN, *La religion invisible*, p. 174 et seq. e LUHMANN, *The Differentiation of Society*, p. 78 et seq.

(54) Cf. SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 15; GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 21.

(55) H. OTTO, *Schwinge-FS*, 1973, p. 71.

(56) GALLAS ZStW, 1963, p. 22. Sobre a contraposição entre os conceitos material e formal de privacidade, GALLAS, *ob. loc. cit*; D. KIENAPFEL, Privatsphäre und Strafrecht, Frankfurt, 1969, p. 22 et seq.; D. KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 367 et seq.

Longe de emergir como categoria em definitivo encontrada numa qualquer "caverna" das ideias e como tal predeterminada e apta a subsumir todas a conflitualidade do quotidiano social, a *privacidade/intimidade* está dialecticamente dependente da realidade sobre que há-de, concretamente, projectar-se. Assim, não é possível referenciar um universo de eventos ou vivências invariável e definitivamente pertinentes à privacidade/intimidade. Isto é, não é possível definir a privacidade e a intimidade como espaços de conteúdo material estabilizado e fixo e, como tal, estanque face ao domínio da publicidade. A isso se opõe, desde logo, a consabida *relatividade histórico-cultural* da privacidade e as oscilações da fronteira entre o privado e o público ao ritmo das transformações civilizacionais. É a conhecida *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, particularmente enfatizada por HABERMAS. Acresce a permanente comunicabilidade entre o público e o privado. A privacidade/intimidade é sempre função da conduta, do papel e do estatuto social do respectivo portador. Como é função da referência sistémico-social ou da *Sozialbezug*[57] de que fala o Tribunal Constitucional Federal alemão e de que podem sempre revestir- se mesmo os eventos em princípio pertinentes à vida privada ou, até, à vida intima. A mesma experiência ou vivência pode gravitar ao mesmo tempo na órbita do privado e do público.

É o que hoje – à vista das mais recentes clarificações devidas à teoria dos sistemas, nomeadamente a representação da pessoa e da sociedade como sistemas autorreferentes e interpenetrados – dificilmente poderá estranhar-se. Na síntese de LUHMANN: "Os sistemas interpenetrados convergem sobre elementos singulares, designadamente utilizam os mesmos elementos. Dão-lhes, porém, uma selectividade e conexões distintas, diferentes passados e diferentes futuros (...). Embora, enquanto acontecimentos, eles sejam idênticos, a verdade é que os elementos significam coisa diferente nos diversos sistemas. Seleccionam a partir de outras possibilidades e determinam outras consequências"[58]. Nesta linha, precisa ainda o autor: "A diferença dos sistemas persiste intocada. Ela revela-se no facto de uma e mesma acção conhecer uma selectividade diferenciada em relação ao sistema pessoal e ao sistema social a que simultaneamente pertence"[59].

Daí a complexidade que a este propósito continua a desafiar o intérprete e aplicador do direito e que não tem sido possível reduzir de forma acabada, pesem embora os esforços dos autores e dos tribunais. Com destaque reconhecido – tanto pela fecundidade heurística como pela adequação axiológico-material – para a chamada *teoria dos três graus (Dreistufentheorie)* elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão[60].

(57) Cf. BENDA, *op. cit.* p. 29 et seq. Sobre a relatividade da vida privada, cf. ainda MOTA PINTO, *BFDC*, 1993. p. 504 et seq.; sobre a relatividade e variabilidade histórico-cultural da privacidade, SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 15 et seq.

(58) N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt, p. 293.

(59) N. LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Frankfurt, 1981, p. 278.

(60) Sobre a teoria dos três graus ou das três esferas, cf. BENDA, *ob. cit.* p. 28 et seq.; G. SCHMIDT. ZStW, 1967, p. 770 e segs; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, p. 38 et seq.; SCHÜNEMANN, ZStW, 1978, p. 17 e seg; KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 376 et seq.; COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração como Meio de Prova em Processo Penal das Gravações Produzidas Por Particulares*, Coimbra, 1987. p. 46 et seq. Devem, contudo, acautelar-se e prevenir-se os inconvenientes de uma transposição apressada da *teoria dos três graus* para além da privacidade/intimidade, seu

Na *teoria dos três graus* avulta, em primeiro lugar, o reconhecimento – *a toda a pessoa* – de uma *esfera da intimidade*, em sentido estrito. Isto é, de uma "area nuclear inviolável" (*unantastbarer Kernbereich*) cuja salvaguarda constitui condição do livre desenvolvimento ético da pessoa e, como tal, subtraída a toda a intervenção privada ou pública e a contar com a protecção tendencialmente absoluta da ordem jurídica[61].

Emanação e expressão directa do ser-pessoa, a *Intimsphäre* assiste a todo o individuo, qualquer que seja o seu papel e estatuto sociais e por mais restrita – mesmo inexistente – que seja a respectiva *esfera da vida privada*[62]. Também as pessoas da *Zeitgeschichte*, que protagonizam a vida política e social ou brilham no mundo da cultura, do espectáculo ou do desporto têm direito à inviolabilidade da área nuclear da *Intimsphäre*. Na síntese de MAX SCHELER, *toda a pessoa tem direito a um espaço último e irredutível em que tem a certeza de poder estar só (in dem (...) er sich (...) einsam weiss)*[63]

Neste domínio só serão admissíveis excepções nos casos extremados e contados em que os eventos "íntimos" contendam directamente com a posição ou função sociais do interessado.

Isto é, nos casos em que eventos *prima facie* pertinentes à área da intimidade assumem uma inequívoca valência e significatividade sistémico-social. Na fórmula recorrente entre os autores e os projectos alemães: nos casos em que tais eventos "contendem com o interesse público (*das öffentliche Interesse berühren*)"[64]. *Na medida em que tal se dá*, os eventos deixam de pertencer à esfera da privacidade/intimidade, estando expostos à luz da publicidade e à devassa legítima. Pense-se num caso de espionagem como o protagonizado pelo ministro britânico da defesa (Profumo), que manteve contactos íntimos com uma mulher que era simultaneamente amante do adido militar soviético. Mesmo em casos como este há-de proceder-se com as mais exigentes cautelas: a devassa só será admissível na medida da relevância sistémico-social do

campo originário. Os créditos heurístico-hermenêuticos da teoria são já modestos em domínios como o direito à *palavra* ou à *imagem*.

(61) Na pertinente e clarificadora argumentação do Tribunal Constituclonal Federal alemão: "o imperativo constitucional de respeitar esta área nuclear, a esfera íntima do indivíduo, tem o seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade garantido pelo artigo 2.°, 1 da Lei Fundamental (...) Acresce que, nos termos do artigo 19.°, 2 da Lei Fundamental, também o direito fundamental do artigo 2.°, I não pode ser atingido no seu conteúdo essencial (*Wesensgehalt*). Nem sequer os interesses superiores da comunidade podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida, que goza de protecção absoluta. Uma ponderação segundo o critério do princípio de proporcionalidade está aqui fora de causa". Cf. *JZ*, 1973, p. 505.

(62) Tomamos aqui a *esfera privada* com o sentido e alcance restritos que lhe são adscritos na topografia da *teoria dos três graus* e, como tal, contraposta tanto à esfera da intimidade como à esfera *social* (ou da publicidade). O que no texto pretendemos enfatizar é assim que a diferença entre a *star* e o cidadão comum tem sobretudo a ver com a esfera da *privacidade* – para a primeira tendencialmente absorvida pela esfera da publicidade – e não com a da *intimidade*.

(63) GALLAS, ZStW, 1963, p. 35. No mesmo sentido, G. SCHMIDT, ZStW, 1967, p. 790 et seq. Sobre MAX SCHELER, cf. KRAUSS, *Gallas-FS.*, p. 371.

(64) Sobre esta ou fórmulas análogas, recorrentemente presentes nos textos alemães desde a proposta pioneira de BELING, cf. G. SCHMIDT, *ob. cit.*, *passim* e H. ROEDER, *Maurach-FS.*, 1972, p. 366 et seq.

evento e na medida estritamente necessária para a actualizar.

Para além disso, são inadmissíveis e ilícitas a intromissão e a divulgação de factos relativos à "*ureigenste Intimsphäre*" que assiste a toda a pessoa. E que está subtraída ao princípio geral da *ponderação de interesses* e em particular à chamada *prossecução de interesses legítimos (Wahrnehmung berechtigter Interessen)*. Por vias disso, ela configura também uma barreira *intransponível* à *exceptio veritatis,* em geral admissível quando estão em causa atentados à honra sob a forma de imputação de factos (artigo 180, ns. 2 e 3).

O quadro é outro do lado da *privacidade stricto sensu.* A sua densidade e extensão são decisivamente influenciadas pelo estatuto do portador concreto, pela maior ou menos exposição aos holofotes da publicidade. Ela tenderá, por isso, a estreitar-se drasticamente quando estão em causa *public figures* ou *Personen der Zeitgeschichte.* Por outro lado e sobretudo, a privacidade configura sempre um valor susceptível de ponderação para efeitos de justificação, nomeadamente a título de prossecução de interesses legitimos (artigo 192, n. 2). Nunca, por isso, ela figurará como limite à *exceptio veritatis* (artigo 180, n. 3).

c) Numa aproximação analítica, a determinação do conteúdo e extensão da privacidade/intimidade jurídico-penalmente relevante *(sc.* merecedora de pena e dela carecida) assenta em dois momentos complementares e reciprocamente limitadores: um momento *individualsubjectivo,* correspondente à "vontade de segredo ou de reserva (*Geheimhaltungswille*)"; e um momento *objectivo-comunitário,* correspondente ao "interesse objectivo de segredo *(objektiven Geheimhaltungsinteresse)*" de que falava já EB. SCHMIDT[65].

Por força do momento subjectivo, cabe em primeira linha, ao indivíduo a decisão sobre os eventos que, na plasticidade insindicável da condução da sua vida, ele quer manter sob reserva. Tanto na *dimensão negativa* (exclusão da participação ou conhecimento) como na *dimensão positiva* (associação de pessoas à vivência, comunicação e conhecimento). *Brevitatis causa* e no que à *dimensão positiva* especificamente concerne, não teria sentido a antecipação de um qualquer conceito arquetípico de privacidade/intimidade, compreendido em termos substancialísticos e, como tal, contraposto à autonomia do portador concreto. Porque não teria sentido levar-se à conta de privacidade/intimidade o que o individuo decide colocar sob as luzes da publicidade.

Dificilmente, porém, um conceito definido exclusivamente segundo os critérios (e o arbítrio) do indivíduo poderia dar resposta bastante às exigências – *maxime* na perspectiva da *legalidade/determinabilidade* – da definição da privacidade/intimidade como bem jurídico-penal. Na sua conformação normativa hão-de intervir também valorações objectivas, de algum modo correspondentes às representações colectivas historicamente dominantes, sancionadas pelo legislador e trazidas ao caso concreto pela mediação do intérprete e aplicador do direito. É este o sentido e a função do "interesse objectivo de segredo" como momento integrante da privacidade/intimidade. Na síntese de G. SCHMIDT, a privacidade/intimidade não depende apenas "da vontade do individuo" mas também "de valorações por parte do juiz"[66].

(65) Cf. EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht,* Leipzig, 1939, p. 23. Sobre o tema, cf. ainda SCHÜNEMANN7 *ZStW,* 1978, p. 13 et seq.

(66) G SCHMIDT, ZStW, 1967, P 784

d) Como ficou sugerido, a reserva da vida privada integra, a par de uma *dimensão negativa* uma *dimensão positiva*, mediatizada pela abertura ao outro, pela aceitação da acção comunicativa intersubjectiva, em linguagem jurídico-dogmática, pelo *acordo*.

Posta entre parênteses a questão da hierarquia, por via de regra, a tutela jurídico-penal da privacidade/intimidade tende a circunscrever-se à dimensão negativa, manifestamente a mais "exposta às intempéries" e, por isso, a mais carecida de protecção penal.

A tutela jurídico-penal da privacidade/intimidade acaba, assim, por privilegiar a dimensão de reserva ou o *direito de exclusão*, de algum modo correspondente ao *right to be let alone* para que apelava COOLEY. A violação jurídico-penalmente relevante há-de, por isso, revestir a forma da imposição arbitrária de pessoas não legitimadas a tomar conhecimento dos eventos, dados ou experiências colocados sob reserva da vida privada e familiar. Já porque alguém se *intromete abusivamente* (*v.g.* observando às ocultas ou recorrendo a meios técnicos e mais ou menos sofisticados de devassa); já porque, e independentemente da forma (lícita ou ilícita) como teve acesso a aspectos ou dados da vida privada de outrem, comunica ou divulga a terceiros o seu conteúdo.

Resumidamente: as condutas puníveis como atentados à privacidade/intimidade assumem invariavelmente o carácter de *delitos de indiscrição*[67]. No seu desvalor de acção avulta a ultrapassagem de barreiras físicas ou psicológicas (assentes nomeadamente na *confiança* que a cada um merecem as pessoas a que abre o espaço da privacidade).

(67) Sobre esta categoria, cf. G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, *passim*; ROEDER, *Maurach-FS.*, p. 368 et seq.

9. a) À luz do exposto, compreende-se que a *privacidade/intimidade* se perfile hoje como um bem jurídico-penal autónomo face à *honra*. São dois bens jurídicos que projectam sobre o direito penal exigências centrífugas, não raro contraditórias. O que acima de tudo lesa a honra é a imputação de factos não-verdadeiros; diferentemente, o que propriamente atinge a privacidade/intimidade é a verdade dos factos devassados ou revelados (*"the greater the truth, the greater de libel"*).

Nem sempre foi possível apartar as águas com esta clareza. As primeiras tentativas de consagração de um delito de indiscrição colimado à tutela da reserva da vida privada foram empreendidas no contexto e para reforço da protecção da honra.

Atendo-nos, por razões de economia à experiência europeia continental[68], foi

(68) Com a consciência de que o quadro ficara incompleto sem uma referência à experiência americana e anglo-saxónica, em geral, cuja importância e influência são tão marcantes como pacificamente reconhecidas. Uma experiência que remonta pelo menos a 1890 data da publicação do que costuma referenciar-se como a primeira manifestação expressa do direito à reserva da vida privada: a publicação por SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS do artigo *The Right to Privacy, na Harward Law Review*, vol. IV, 1890, p. 193 et seq. Mesmo sem curarmos de refazer a trajectória da experiência jurídica americana do *right to privacy* – ou do *rigth to be let alone* na expressão cunhada pelo juiz COOLEY (1873) – convirá reter que ele começou por emergir intimamente associado ao direito de *propriedade*. Quer no que toca ao fundamento e compreensão jurídico-material, quer no que respeita às implicações prático-jurídicas e aos limites, e tanto na experiência inglesa como americana, foi o direito de propriedade, *maxime* a doutrina e a *praxis* do *common law copyright* que começou por

expressamente em nome *do "reforço da protecção da honra" ("Verstärkung des Ehrenschutzes")* que o projecto de Código Penal alemão de 1909 incluiu pela primeira vez a incriminação directa e autónoma da devassa da vida privada. Uma proposta que, no essencial, viria a ser renovada pela longa série de projectos iniciada na primeira metade do século (1911, 1913, 1919, 1922, 1925, 1927, 1930) e que culminaria com a apresentação do Projecto de 1962. Com diferenças que aqui não cabe recensear e sindicar[69], dois pontos acabam por sus-

> assegurar a protecção do que hoje definimos como privacidade. Foi, por exemplo, em nome das implicações do direito de propriedade que o tribunal inglês deu provimento à pretensão da rainha Vitória e do principe consorte Alberto, impedindo a publicação e divulgação, contra a vontade dos soberanos, de desenhos e gravuras por eles feitos para seu próprio entretenimento e divertimento. Como pode ler-se na decisão do que ficou conhecido como o caso *Prince Albert v. Strange* (1849), um dos precedentes mais frequentemente recenseados na história do direito à reserva da vida privada: "o que determina a intervenção deste tribunal não são razões de decoro ou bom gosto mas antes *the general priciple that this court will protect every person in the free and innocent use of his own property and will prevent anyone from interfering with that use to the injury of the owner*". *Apud*, D.R. PEMBER, *Privacy and the Press*, Washington, 1972, p. 47. Neste contexto, o que sobreleva no estudo de WARREN/BRANDEIS é a mudança significativa de paradigma da compreensão do *right to privacy*. Em vez de encarado como emanação ou expressão do direito de propriedade, o novo direito há-de ser levado à conta do que os autores designam por "*the right to one's personality*". Isto porquanto, argumentam WARREN/BRANDEIS: "*The principe wich protects personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property but that of an inviolate personality* ". WARREN/BRANDEIS, "*The Right to Privacy*", p. 206. Para uma referência mais desenvolvida à evolução do direito à privacidade na experiência americana, cf., por todos, PEMBER, *ob. cit. passim*. Para uma síntese, entre nós, CUNHA RODRIGUES, "Perspectiva Jurídica". in *JL* 13.04.1994, p. 27 et seq. e *Cadernos de Bio-Ética* 7, 1994. p. 37 et seq.

(69) Para um exame e confronto mais detido dos sucessivos projectos, cf. GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 24 et seq.; ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 144 et seq.; G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 742 et seq. Nesta série de projectos destacam-se, em qualquer caso, os textos de 1913 e 1919 por serem os únicos que apontavam para um autêntico *delito de indiscrição*. Ambos, com efeito, se propunham incriminar a revelação de factos atinentes à vida privada, assumissem ou não carácter desonroso. Isto na esteira de passos nesse sentido empreendidos já pela doutrina, nomeadamente por autores como BELING ou DELAQUIS. Deve-se concretamente a BELING – mais precisamente ao seu estudo publicado em 1909 sob o título, *Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede* – a primeira tentativa consequente de separar a tutela da privacidade da área de protecção dos crimes contra a honra. Assim e por um lado, BELING não reconhecia quaisquer limites à prova da verdade dos factos para efeitos de responsabilização criminal por atentado contra a honra; por outro lado e complementarmente, propunha a consagração de uma incriminação nova expressamente preordenada à punição da revelação de factos pertinentes à vida privada de outrem. Independentemente da verdade das imputações e da carga mais ou menos desonrosa dos factos. Na versão proposta pelo autor: "*Quem revelar a terceiros, ou divulgar através de escritos, imagens ou representações, factos pertinentes as relações da vida privada de outrem. que não contendam com o interesse público e sejam verdadeiros ou falsos, será punido...*" Cf. BELING, *ob. cit.* p. 48. Apesar

citar a convergência destes sucessivos projectos: por uma lado, circunscreve-se a incriminação à divulgação de factos *desonrosos (ehrenrührige)* da vida privada; por outro lado, exclui-se a prova da verdade dos factos.

Só com o Projecto Alternativo (1971) viria a experiência jurídico-penal alemã a conhecer a formulação de uma incriminação expressamente desenhada como tutela da privacidade, erigida à categoria de autónomo bem jurídico-penal. Isto nos termos do § 145, *Exposição pública*. Como pode ler-se na fundamentação da proposta, "o § 145 corta o vínculo – subsistente tanto no § 182 do projecto de 1962 como nos seus precursores – entre a indiscrição e o atentado à honra. O Projecto Alternativo compreende a devassa da área eminentemente pessoal da vida, sem se preocupar se ela é ao mesmo tempo lesiva da honra. Deste modo fica claro que se trata aqui de um bem jurídico autónomo."[70]

Uma incriminação a que o legislador penal alemão não logrou ainda dar expressão positivada. Apesar das numerosas e sucessivas reformas a que tem sido submetido, o StGB germânico continua sem conhecer uma incriminação directamente preordenada à tutela da *privacidade/intimidade*.

O que sobressai no direito penal português vigente é precisarnente o reconhecimento e tutela da *privacidade/intimidade*, como bem jurídico-penal autónomo, distinto da honra. É assim, pelo menos, desde a Lei 3/73 de 5 de Abril, cujo regime viria, no essencial, a ser acolhido.

A configuração dos crimes contra a privacidade/intimidade como *delitos de indiscrição* explica que, diferentemente do que tende a suceder com os crimes contra a honra, *a verdade dos factos não constitua, a qualquer título, razão derimente da responsabilidade penal.* É precisamente a verdade dos factos que, em rigor, configura a danosidade social destes crimes e fundamenta a ilicitude material.

Porque só a verdade pode trazer à praça pública o que cada um quer preservar nas quatro paredes da vida privada. Se, como argumenta ARZT, a afronta não reside aqui no sacrifício da consideração. o problema da verdade dos factos pouco significado terá no âmbito dos delitos de indiscrição. Se alguém afirmar "que nos últimos anos da sua vida Picasso teve ou não regularmente relações sexuais com sua mulher, para efeitos de lesão da esfera íntima pouco interessará a verdade da afirmação. Para efeito de atentado à esfera íntima, a prova da verdade dos factos seria pura e simplesmente carecida de significado"[71]. Nesta linha, precisa o autor, o que constitui o "arquétipo do sacrifício da esfera íntima é a afirmação indiscreta, independentemente da sua verdade ou inverdade. Só as afirmações verdadeiras atingem de forma típica a esfera da intimidade"[72]. É por isso que, do ponto de vista do bem jurídico da esfera íntima, é precisamente na verdade da comunicação que reside a lesão"[73].

A tese da indiferença da verdade ou inverdade, configura um dos raros elementos constantes da compreensão dos crimes contra a reserva da vida privada e familiar.

Posta em evidência pelas primeiras tentativas de recorte doutrinal (*v.g.*

de tudo, e significativamente, também os projectos de 1913 e 1919 acabavam por remeter a incriminação proposta para o capítulo dos crimes contra a honra.

(70) *Alternativ-Entwurf, B. T. Straftaten gegen die Person, 2. Hb*, 1971, p. 29.

(71) ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 156.

(72) *Id. ibidem.* Sublinhado no original.

(73) *Id.*, p. 158.

BELING ou DELAQUIS)[74] ou de conformação legislativa da infracção, ela continua a suscitar a convergência de autores e legisladores. Como se por ela tivesse necessariamente de passar a redução eidética do crime de indiscrição. De acordo com o enunciado pioneiro de BELING: "Tu não podes transmitir a terceiros factos que caem na esfera juridicamente determinada de segredo. Face a esta norma perde todo o significado a questão da verdade ou inverdade".

E foi por obediência a este entendimento que a generalidade dos projectos de reforma do Código Penal alemão se propuseram consagrar a proibição da prova da verdade dos factos pertinentes à privacidade/intimidade. Uma proibição, por via de regra, proclamada como verdadeiro *jus cogens*, solução a que, já o vimos, se manteria fiel o Projecto de 1962 (§ 182) bem como o Código Penal austríaco vigente (§ 112).

A mesma viria a ser a solução adoptada pelo legislador português de 1973 e 1975. Nos termos do n. 1 da base VI da Lei 3/73 de 5 de abril: "*Aos agentes das infracções previstas nesta lei não é permitido fazer prova sobre a verdade dos factos da vida privada em relação aos quais se verificou a intromissão*". Dispõe por seu turno o artigo 28 n. 2 do Decreto-Lei n. 85-C/75 de 26 de fevereiro (*Lei de Imprensa*): "*No caso de difamação, é admitida a prova da verdade dos factos, salvo quando, tratando-se de particulares, a imputação haja sido feita sem que o interesse público ou o do ofensor legitimasse a divulgação dos factos imputados, ou ainda quando estes respeitem à vida privada ou familiar do difamado*".

10. a) Pelo menos a nível conceitual é, assim, possível uma clara separação das águas entre crimes contra a honra e crimes contra a vida privada. Na formulação de BELING, nada mais contra-indicado do que "reduzir a indiscrição comprimindo-a no leito de Procusta da difamação"[75].

A vida quotidiana é, contudo, rica em casos em que o agente atenta contra outrem imputando-lhe ou divulgando *factos desonrosos e pertencentes à esfera da privacidade/intimidade*. Como: A afirma e divulga que B. terá praticado incesto com sua filha. *Prima facie* recondutíveis à categoria e ao regime do *consurso ideal* (crime contra a honra e crime contra a reserva da vida privada), estas constelações suscitam problemas de complexidade acrescida, tanto a nível político-criminal como em sede doutrinal e práticojurídica.

Se o primeiro propende a reivindicar a generalização da admissibilidade e da relevância da *exceptio veritatis*, já o segundo reclama a definição de balizas à prova da verdade. De outra forma, o processo pode saldar-se num "martírio para a pessoa difamada", compelida a ver discutir em tribunal "as coisas mais íntimas e dolorosas da sua vida privada". Mesmo que venha a demonstrar-se que a imputação desonrosa é falsa e o agente seja condenado por *difamação*, muitas vezes será o ofendido a abandonar a sala de audiência como verdadeiro perdedor. Apesar da vitória, a produção da prova pode ser bastante para o estigmatizar e ridicularizar aos olhos do público"[76].

(74) Também na América cedo se ganhou consciência da irrelevância da verdade como derimente da responsabilidade criminal dos atentados contra a *privacy*. Foi o que logo começaram por afirmar WARREN e BRANDEIS, argumentando que "*it is not for injury to the individuals character that redress or prevention is sought, but for inury to the rigth of the privacy*". Cf. *op. cit.* p. 218.

(75) BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 48.

(76) GALLAS. *ZStW*, 1963. p. 24. Em sentido convergente, falava LIEPMANN duma "vivissecção" da alma. Cf. ARZT, p. 145.

É o que parece suscitar o consenso pacífico tanto entre os autores como a nível das soluções positivamente consignadas pelas ordens jurídicas. De todos os lados tende a sublinhar-se que o direito à verdade não pode converter-se (em) nem legitimar um qualquer *Wahrheitfanatismus*, "como se pudesse falar-se de um direito à divulgação verdadeira *à tout prix*". Na síntese de ROEDER: "Hoje parece perfeitamente ocioso gastar uma só palavra para pôr em evidência que a divulgação da verdade é em si mesma altamente valiosa e culturalmente estimulante; mas só em nome de uma compreensão arbitrária, para não dizer de uma monstruosidade jurídica (*Rechtsmonstrum*) se poderia tomar tal direito como *ilimitado* "[77].

b) Já são menos unívocas as soluções técnico-jurídicas em geral preferidas para dar expressão positivada a este programa político-criminal. A experiência histórico-comparatística revela serem fundamentalmente dois os modelos que vêm colhendo as preferências da doutrina e das legislações:

– consagrar a proibição da produção da prova da verdade como *jus cogens*, inteiramente subtraída à disponibilidade dos sujeitos processuais, ou

– fazer depender a produção da prova da verdade do "consentimento" do ofendido, cometendo ao seu critério a opção pela perseguição do agente a título de crime contra a honra ou de crime contra a reserva da vida privada.

O primeiro modelo coloca os factos a coberto de um *tema proibido de prova* e tem como reverso a preclusão legal e generalizada da perseguição do agente por crime contra a honra. Configura noutros termos, *uma comprovação alternativa de factos (Wahlfeststellung)* operada *ope legis* [78]. Foi a solução adoptada pelo Projecto alemão de 1962 (§ 182) e consagrada pelos códigos penais austríaco (§ 112) e suíço (artigo 173, n. 3)[79]. Como era adoptada pelo artigo 211 do *Proyecto* de *Ley Orgânica del Codigo Penal* espanhol de 1992.

Já no segundo modelo, só em concreto e mediante decisão do ofendido se determinará se o agente há-de ser perseguido por crime contra a privacidade/intimidade ou por crime contra a honra. Nesta hipótese reconhece-se à *exceptio veritatis* o âmbito e a eficácia que lhe são assegurados no domínio dos crimes contra a honra.

Com adeptos na doutrina, esta solução constava dos projectos alemães de 1913/19. Como dispunha o dispositivo pertinente (§§ 35 no projecto de 1913 e § 353 na versão de 1919), a perseguição do agente por delito de indiscrição, dependia de queixa do ofendido. Em conformidade acrescentava-se que: *"Se uma tal queixa for formulada não poderá ser requerida a punição por difamação. Não será admitida a produção da prova sobre a verdade da afirrnação ou divulgação"*.

c) Já no princípio do século, advertia Von LILIENTHAL que "as razões a favor e contra a sua admissibilidade (da prova da verdade) foram já discutidas de forma tão esgotante que dificilmente se poderá acrescentar algo de novo (...) tornou-se quase uma questão de temperamento saber por qual dos pontos de vista caberá decidir"[80]. Mesmo hoje, tanto tempo (e tanta tinta) decorrido, nada mais inseguro do que a opção por uma das alternativas.

(77) ROEDER, *ob. cit.* p. 351. No mesmo sentido e desenvolvidamente, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 144 et seq.

(78) A expressão é de ARZT, p. 167.

(79) Neste sentido e no que ao direito penal suíço respeita, cf. S. TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Zürich, 1989, p. 525.

(80) VON LILIENTHAL, *VDB*, IV, p. 454.

A tese da proibição, generalizada e imperativa, da prova da verdade vê-se confrontada com a crítica de que fechará ao ofendido as portas da *reparatio famae*. Convirá, a propósito, ter presente o carácter de *iudicium duplex* em geral adstrito ao julgamento dos crimes contra a honra. Como ROEDER assinala, no plano dos factos reais e posta entre parênteses a questão do rigor técnico-jurídico, também o agente da difamação aparece como acusador e o ofendido como acusado[81]. Em termos tais que, não raro, só a efectiva produção da prova e a consequente condenação do agente da infracção, tornará possível a verdadeira reabilitação do ofendido.

Não se estranhará, por isso, que o regime assente na escolha do ofendido – perseguição por delito de indiscrição, com exclusão da prova da verdade, ou perseguição por crime contra a honra com abertura à *excepto veritatis* – tenha aparecido a alguns como o "ovo de Colombo". Só que não faltam mesmo vozes a sustentar que também este regime jurídico-penal dará ao ofendido mais pedras do que pão.

O que se põe em causa é sobretudo a seriedade e autenticidade da escolha supostamente reconhecida ao ofendido e que já BELING denunciava como um "presente dos gregos" e a que GALLAS se refere como um "ilusório direito de escolha"[82]. Isto porquanto o ofendido se verá sempre compelido a *escolher* a via que permite a prova da verdade, *sc.*, o processamento por crime contra a honra. "Se ele optasse pela perseguição criminal por indiscrição, alternativa que exclui a prova sobre a verdade ou inverdade das afirmações, estaria de antemão exposto ao *odium* de que, se tem medo da verdade, é porque os factos sempre serão mais ou menos verdadeiros. O ofendido estará praticamente obrigado a escolher, como mal menor, a via do processo por difamação"[83].

d) *Quid inde?*

Se não parece haver caminho livre para Ítaca, convirá navegar com a necessária distância em relação aos escolhos mais expostos. Assim, com as hesitações próprias de um percurso tão minado de perigos, a nossa preferência vai, apesar de tudo, para a solução que garanta mais espaço à autonomia do ofendido. Não serão raras as expressões da vida em que o ofendido, confrontado com atentados particularmente degradantes à sua honra, se disponha a aceitar os sacrifícios – designadamente o da privacidade/intimidade – indispensáveis ao restabelecimento do bom nome e da consideração social.

Esta se nos afigura ser, por um lado, a via mais consentânea com a estrutura axiológico-material da privacidade/intimidade: uma expressão tipificada da liberdade pessoal, que se realiza na comunicação intersubjectiva e se actualiza tanto na *dimensão negativa* como na *dimensão positiva*. Em princípio, não assistirá, por isso, legitimidade ao legislador para adiantar e propor ao portador concreto uma compreensão arquetípica da privacidade/intimidade. Menos ainda para a impor e sobrepor ao desempenho autorreferente – e improgramável na sua plasticidade – daquele portador.

Por outro lado e complementarmente, só em nome de uma impostação paternalista – também ela carecida de legitimidade no direito penal contemporâneo – poderá o legislador prescrever que a superação da antinomia entre a

(81) ROEDER, *op. cit.*, p. 353. No mesmo sentido, desenvolvidamente, G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 762 et seq.; KRIELE, *NJW*, 1994, p. 1899 et seq.

(82) Cf. BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 64; GALLAS, *ZStW*, 1963, P. 28. NO mesmo sentido, G. ZU DOHNA, *ZStW*, 1938, p. 161.

(83) GALLAS, *ob. loc. cit.*

honra e a privacidade haja imperativamente de fazer-se pela prevalência desta última.

Não cremos, aliás, que as soluções da lei em vigor contrariem de forma invencível a compreensão das coisas para que vai a nossa preferência.

Tanto pelo seu teor literal, como pela sua valência sistemática e teleológica, o que *prima facie* avulta no n. 3 do artigo 180 do Código Penal é a garantia da privacidade/intimidade face à devassa heteronomamente imposta ao ofendido. Mas já nada parece sugerir o propósito de subtrair a prova da verdade – com o cortejo de consequências sumariamente recenseadas – ao exercício da autonomia do portador concreto.

Recorde-se, a terminar que a lei portuguesa só exclui a *prova da verdade* quando esteja em causa "*facto relativo à intimidade da vida privada e familiar*" (artigo 180, n. 3). A área de reserva a prevalecer sobre a prova da verdade terá de se definir em termos sobreponíveis aos da esfera íntima, em sentido estrito. Isto é, à *área nuclear e inviolável*, na categorização e na topologia da *teoria dos três graus*.

À luz do exposto, pode concluir-se ser em princípio admissível a prova da verdade que apenas contenda com a *esfera privada*, desde que "*feita para realizar interesses legítimos*". E tanto da vida privada do cidadão comum, como das chamadas *pessoas da história do tempo*. Isto na medida em que às pessoas deste universo assista ainda uma autêntica vida privada. Que, terá sempre uma expressão tendencialmente residual e excepcional.

III. Tipicidade e ilicitude

11. a) Como deixamos antecipado, é logo em sede de *tipicidade* que começa a revelar-se a fragmentaridade da punição dos atentados à privacidade/intimidade devidos ao exercício da liberdade de imprensa. Isto é, são logo razões atinentes à densidade do bem jurídico protegido e à área de tutela típica que afastam a ilicitude.

Como início de aproximação, parece seguro que o regime da tutela penal da privacidade/intimidade da lei portuguesa presta homenagem à *teoria dos três graus*. Presente nos trabalhos preparatórios da reforma do Código Penal, a distinção entre as três esferas da vida (*pública, privada e íntima*), maxime a contraposição entre a *vida privada, stricto sensu*, e a *intimidade*, aflora explicitamente em preceitos como os artigos 192, n. 2 e 180, n. 3.

É em sede de ilicitude/justificação que a distinção cobra mais ostensivo relevo prático-jurídico, mercê do tratamento assimétrico reservado à privacidade e à intimidade no contexto e para fins de *ponderação de interesses*. Por agora, cabe assinalar que não podem ser levadas à conta da privacidade/intimidade *as acções, factos ou eventos que se revestem de inequívoco interesse colectivo ou comunitário*.

b) Tendo em conta o seu significado prático-jurídico, convirá ensaiar uma melhor fundamentação do axioma enunciado bem como uma maior explicitação das suas implicações prático-jurídicas.

Recorda-se que a privacidade se identifica com o direito que assiste a cada um "de estar e viver separado ou livre da sociedade ou dos olhares dos outros" (KAMLAH)[84]. O que tem como reverso a limitação da privacidade/intimidade às coisas da vida que relevam do *estar-só*, e nele esgotam o seu sentido. O inverso há-de já valer para as acções ou as coisas que apresentem uma clara relação com a sociedade: então o interesse da sociedade em esclarecer as coisas – e esclarecer-se sobre elas – prevalecerá sobre o in-

(84) Apud BENDA, *W.-Geiger*-FS, p. 32.

teresse pessoal pelo anonimato. Seja qual for a sua valência para o sistema individual-pessoal, é manifesto que estes factos ou coisas se revestem (também) de uma decisiva valência sistémico-social[85]. A sua discussão comunitária mesmo nos círculos ampliados da comunicação social terá, por isso, de levar-se à conta do normal desempenho (autorreferente e autopoiético) do sistema social *sobre coisas que efectivamente "lhe pertencem"*. Noutros termos, estes factos configuram objecto legítimo do interesse e do exercício da actividade jornalística. Que, ao investigá-los, sindicá-los e trazê-los à discussão pública, não ultrapassa a fronteira da esfera pública e não realiza afronta à privacidade/intimidade penalmente protegida. Nem concretiza a danosidade social típica do crime de *Devassa da vida privada.*

12. Na impossibilidade de ensaiar uma recensão acabada desta diversificada fenomenologia, bastar-nos-emos com a citação de algumas constelações típicas.

a) O quadro e o regime esboçados valem, desde logo e exemplarmente, para os *factos criminosos*: o crime não pertence à privacidade/intimidade, estando a sua investigação e divulgação abertas ao exercício da liberdade de imprensa. Outro entendimento dificilmente seria compaginável com o sentido, a função e a legitimação do direito penal na sociedade democrática e no Estado de Direito. Estando o direito penal (exclusivamente) vocacionado para a tutela dos bens jurídicos fundamentais da comunidade e da pessoa, a sua afronta – *sc.*, o crime – releva naturalmente da conflitualidade radical entre o indivíduo e a sociedade. E reveste-se de um interesse público tão evidente como incontornável.

Contando com o aplauso da doutrina tradicional e maioritária,[86] esta compreensão das coisas conta igualmente com o apoio da jurisprudência, nomeadamente constitucional. Marcante nesta linha a doutrina vertida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na decisão do *caso Lebach.*

Segundo o aresto:

"Também os crimes pertencem em primeira linha àquele acontecer histórico cuja investigação constitui precisamente tarefa dos *media*. A violação da ordenação jurídica geral, o sacrifício dos bens jurídicos do cidadão atingido ou da comunidade, a simpatia para com as vítimas e seus familiares, o medo da repetição de tais crimes e a preocupação de a evitar, provocam o interesse numa maior informação sobre o crime e o seu agente. Um interesse que é forçoso reconhecer e que será tanto mais forte quanto mais o crime sobressair face ao panorama da criminalidade comum pelas particularidades do objecto da agressão, a modalidade da acção ou a gravidade das consequências. Os crimes violentos mais graves originam, para além da curiosidade geral e do sensacionalismo, razões muito sérias para o interesse em saber quem foram os seus agentes, que motivações tinham, que se fez para os perse-

(85) Cf. neste sentido, BENDA, *ob. cit.* p. 32 e segs; G. SCHMIDT, *ZStW*, 1967, p. 795 et seq. Sobre a possibilidade de uma mesma acção assumir uma pluralidade de referências sistémicas, nomeadamente na direcção dos sistemas pessoal e social, LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur*, p. 277 et seq. e *supra.*

(86) Cf. v.g. desde Ph. ALLFELD, *GS*, 93 (1926) p. 251 e BELING, *Wesen, Strafbarkeit*, p. 53 a GALLAS, *ZStW*, 1963, p. 37. Para uma referência mais restritiva e crítica, cf. desenvolvidamente, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 114 et seq. e 177 et seq. De todo o modo, soam claramente minoritárias as vozes que se pronunciam em sentido negativo. Cf., neste sentido, KIENAPFEL, *Privatsphäre*, p. 31: HUBMANN. *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl. Bonn, 1967, p. 331.

guir e punir e para prevenir a ocorrência de crimes iguais".[87]

O que fica dito para o crime, em geral, vale natural e privilegiadamente para a criminalidade que mais abala a comunidade ou que nela desperta um mais agudo interesse. Como sucederá com o crime violento e organizado, o terrorismo, a criminalidade de *white-collar* ou as plúrimas manifestações de corrupção e de utilização indevida de fundos públicos.

b) Importa, contudo, precisar que a legitimidade o jornalista para investigar e dar notícia dos factos criminosos não significa que possa fazê-lo sem limites. Ainda aqui a lição do *Lebach-Urteil* se revela oportuna.

Segundo ela, para além de ter de preservar a área inviolável da intimidade, o jornalista deve em qualquer caso actuar "no estrito respeito pelo princípio de *proporcionalidade*: por um lado, a intromissão na esfera pessoal não deve ir para além do que é exigido para uma satisfação adequada do interesse da informação; por outro lado, as desvantagens decorrentes (do tratamento jornalístico) para o agente do crime têm de ser ajustadamente proporcionadas à gravidade do crime e ao seu significado geral para o público".[88] Também o respeito pela *presunção de inocência* do arguido até à condenação definitiva "exige uma certa contenção e, pelo menos, o tratamento adequado dos factos e argumentos invocados em nome da defesa."[89]

O que mais avulta no *Lebach-Urteil* é seguramente – a par da proclamação do crime como evento da *Zeitgeschichte* – o enunciado de *limites ao tratamento jornalístico de um crime em função do decurso do tempo*. Que altera o significado do crime no contínuo polarizado entre o público e o privado. Num primeiro momento – o momento da prática do crime, da sua notícia, perseguição e julgamento – prevalece a qualidade de facto sistémico-social, sendo *qua tale* exterior à privacidade/intimidade. Num segundo momento – que começará com o termo do cumprimento da pena e consequentemente com a expiação da culpa – prevalece o coeficiente de privacidade e reserva.

São fundamentalmente duas as razões invocadas para justificar esta mudança de significado.

Por um lado, invoca-se a erosão da dimensão de publicidade provocada pelo decurso do tempo. Também aqui se confirmará de algum modo a conhecida intuição de Ovídio – *tempus edax rerum!* – a que alguns penalistas expressamente se acolhem.[90]

Em segundo lugar e sobretudo, faz-se valer a prevalência do *direito à ressocialização* do condenado que cumpriu a pena. Um direito que o *Lebach-Urteil* ancora directamente na Constituição e a que imputa um espectro de exigências, que redundam noutras tantas obrigações de solicitude, acompanhamento e aceitação e que impendem sobre a sociedade. Tudo em ordem a estimular o sentimento de pertença à comunidade,

(87) *NJW*, 1973, p. 1230.

(88) *NJW*, 1973, p. 1230. A este propósito recorda o Tribunal Constitucional que nem sempre será admissível a *publicação do nome e da fotografia do agente. Maxime* em se tratando de jovens delinquentes, de delinquentes primários e da pequena criminalidade em geral. Sobre o tema, cf. ARZT, *ob. cit.* p. 115; U. KOEBEL, JZ, 1966, p. 320.

(89) *NJW*, 1973, p. 1230

(90) Cf., *V. g.*, HERDEGEN, LK, § 192, Rn. 8. No mesmo sentido, OTTO, *Schwinge-FS.*, p. 86; FARIA COSTA, "O Círculo e a Circunferência", *in*: *Estudos Com. 150.º Aniv. Trib. Boa-Hora*, Lisboa, 1995, p. 196 et seq., PAULO JOSE DA COSTA, JR., *O Direito de Estar Só*, S. Paulo, 1995, p. 46

induzir a (re)interiorização dos valores comunitários e convertê-los em efectivos modelos de acção. Um aturado programa de interacção indivíduo-sociedade, que pode projectar-se em limites à liberdade de imprensa. Para se poupar ao recluso – e à sociedade – um pelourinho público permanentemente reactualizado. Com todo o seu cortejo de consequências indesejáveis – que passam pelo avivar constante do estigma e por mecanismos como a *interpretação retrospectiva, a distância social* a diminuição de *oportunidades legítimas* ... em definitivo: pela assunção irreversível de uma *carreira delinquente* – que a moderna criminologia tem posto em evidência.[91]

c) O legado do *Lebach-Urteil* – a compreensão do *direito à ressocialização* como limite à liberdade de imprensa, com o sentido que fica enunciado – tornou-se entretanto património comum e consensual na doutrina[92] e na jurisprudência germânicas. Também entre nós, e fazendo-nos eco da lição de FIGUEIREDO DIAS e ANABELA RODRIGUES pode fundadamente falar-se de um "imperativo constitucional de ressocialização" como corolário da dimensão *social* do Estado de Direito.[93]

Nesta linha, a lei penal austríaca vai ao ponto de tratar a ressocialização como um autónomo bem jurídico-penal, directamente protegido pela incriminação do § 113 do ÖStGB, *Imputação de um facto criminoso que já foi objecto de decisão judicial definitiva.* Segundo a doutrina e a jurisprudência austríacas, uma incriminação preordenada a assegurar consistência a um processo de ressocialização já lograda ou em vias de concretização. Na interpretação de FOREGGER: "O delinquente que já foi julgado não pode perder a sua disponibilidade para levar uma vida conforme ao direito pelo facto de, sem necessidade e sem motivo bastante, lhe estar sempre a ser censurado o seu passado."[94] Resumidamente, no di-

(91) Para uma primeira síntese, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 342 e segs

(92) Cf., entre outros, H. JARRAS, *NJW* 1989, p. 859; *DEGENHART, JuS*, 1992, p. 367.

(93) Na síntese de FIGUEIREDO DIAS: "Se o princípio da culpa exprime as exigências que *a vertente liberal* (*rectius democrática*) do Estado de Direito faz à política criminal, a sua *vertente social* conduz à aceitação de um quarto princípio que pode ser designado como princípio da sociabilidade ou da solidariedade. Segundo este princípio (que assumirá dignidade jurídico-constitucional em toda a parte onde vigore a cláusula do Estado de Direito Social) ao Estado que faz uso do seu *jus puniendi* incumbe, em compensação, um dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes". FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, As Consequências Juridicas do Crime*, Lisboa, 1993, p. 74. Na mesma linha, também ANABELA RODRIGUES conclui que "da vertente do modelo de Estado que a nossa Constituição consagra decorre com suficiente nitidez a ideia de que ao Estado é devido oferecer ao condenado possibilidades de alcançar a sua socialização". Cf., *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, p. 326/7.

(94) Cf. WK, § 113, Rn. 1. Em sentido convergente considera KIENAPFEL que o preceito incrimina "uma determinada categoria de afirmações verdadeiras, independentemente de saber se elas são ou não lesivas da honra. A *ratio* do § 113 reside antes na salvaguarda das oportunidades de ressocialização, que, como a experiência ensina, são comprometidas se se estiver permanentemente a recriminar ao delinquente o crime 'já saldado' e, por vias disso, a avivar o seu 'falhanço' anterior". D. KIENAPFEL, *Grundriss des österreichischen Strafrechts, BT*, Wien, 1984,I, p. 263. Recorda-se que, nos termos da citada incriminação da lei penal austríaca será punido: "*Quem imputar a*

reito penal austríaco vigente a *exceptio veritatis* da imputação de um crime só será cabida se tiver lugar antes de o facto ter sido objecto de decisão judicial transitada em julgado.

Mesmo as leis penais que não dispõem de norma equivalente ao § 1 13 do ÖStGB não deixam de alcançar uma tutela (reflexa e) mais ou menos consistente deste interesse. E o que no direito penal alemão resulta da chamada (*Formalbeleidigung*), do § 192 do StGB (*Injúria apesar da prova da verdade)* e que, em determinadas situações, incrimina e pune a imputação de factos desonrosos, apesar da prova da verdade. Entre as constelações em que, segundo o entendimento dos autores e dos tribunais, a prova da verdade não afasta a ilicitude, sobressai precisamente a chamada *reactualização (Reaktualisierung):* a imputação de um facto desonroso (v.g. um crime) muito tempo depois da sua prática.[95]

Uma última observação para assinalar que há crimes que escapam à "lei da morte", isto é, cuja actualidade, relevo sistémico-social e interesse público não estão sujeitos à erosão do tempo. Tal vale sobremaneira para os crimes (*v.g.*, *contra a paz e a humanidade)* que, por sobre pertencerem à história do seu tempo *(Zeitgeschichte)* pertencem, pura e simplesmente à história *(Geschichte)* e são, *hoc sensu,* imprescritíveis[96].

13. a) O critério da relevância comunitária ou sistémico-social poderá, já o vimos, excluir do âmbito da reserva pessoal, penalmente tutelada, mesmo eventos em geral pertencentes à *esfera da intimidade, stricto sensu,* isto é, "materialmente" íntimos. [97]

Como GALLAS assinala, será a "cláusula do interesse público" a "excluir do tabu da esfera íntima os casos em que a verdade ou inverdade dos factos, que foram objecto de notícia não é pura e simplesmente indiferente para a comunidade, *antes Ihe diz alguma coisa."*[98] A relevancia típica destes casos estará afastada, sendo ocioso indagar se o autor (da notícia, comunicação ou imputação) "teve em vista a prossecução de interesses públicos e se actuou de forma proporcionada."[99]

Para ilustração destes tropismos da esfera da intimidade para o domínio público os autores colocam à cabeça constelações como o já citado caso Profumo. Na mesma linha estará a notícia da conduta (*v.g.* práticas pedofílicas) de um dirigente político incompatível com a respectiva função (*v.g.* responsável pela educação e formação de menores).[100] De igual modo, as notícias

outra pessoa, de forma que um terceiro possa tomar conhecimento, uma infracção criminal cuja pena tenha sido já executada, extinta ou suspensa, mesmo que apenas condicionalmente, ou pelo qual a pronúncia da pena tenha sido temporalmente diferida..."

(95) Cf., por todos, HERDEGEN, LK, § 192, Rn. 8. Sobre as tentativas empreendidas na Alemanha para a consagração de uma incriminação homóloga à do § 113 da codificação austríaca – sob a rubrica: Hervorholen früherer Verfehlungen – cf. ARZT, Der strafrechtliche Schutz, p. 194 et seq. e 144 et seq..

(96) Sobre o tema, A. ARNDT, *NJW*, 1967, p. 1845/6.

(97) Na síntese de SCHÜNEMANN, "em relação às *pessoas da história do tempo* é frequente uma necessidade pública de informação mesmo sobre factos íntimos, o que dificulta sobremaneira a delimitação da matéria proibida.", SCHÜNEMANN, *ZStW*, 1978, p. 37.

(98) GALLAS, *ob. cit.* p. 34.

(99) *Id. ibidem.*

(100) Sobre estas constelações de casos, cf., por todos, ROEDER, *ob. cit.* p. 368/9; GALLAS. ob.cit. p. 34 et seq.; ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 107 et seq.

sobre a eventual gravidez de uma mulher (*v.g.*, a visita ao consultório de um ginecologista), em princípio pertinentes à esfera íntima, deixarão de o ser em se tratando de rainha ou consorte real de quem a monarquia espera um herdeiro. Ou em se tratando de uma mulher que se submeteu a tratamento inovador no campo da procriação medicamente assistida.[101]

b) No que toca ao sentido e alcance do conceito de *pessoas da história do tempo*, recorda-se que a doutrina e a jurisprudência propendem hoje a subscrever, tanto no plano categorial como práticonormativo, a distinção proposta por NEUMANN-DUESBERG entre *pessoas da história do tempo* em *sentido absoluto* e em *sentido relativo* (*absolute e relative Personen der Zeitgeschichte*).[102] Pertencerão à primeira categoria as pessoas que na sua época lideram a vida política, económica, social, cultural, científica, tecnológica, desportiva, do mundo do espectáculo, etc., e em relação às quais subsiste um interesse público de informação particularmente alargado. Um interesse que cobre toda a esfera da publicidade e se estende a muitos domínios em geral considerados como pertinentes à esfera da privacidade, *stricto sensu.*

O que decide da qualidade de uma pessoa como pessoa da *Zeitgeschichte em sentido relativo* é a sua participação – "activa ou passiva, dinâmica ou estática" (NEUMANN-DUESBERG) – num *acontecimento da Zeitgeschichte.* Serão, assim, pessoas da *Zeitgeschichte* em sentido relativo as pessoas atingidas por uma catástrofe natural (terramoto, avalanche, inundação) ou associada aos riscos da sociedade técnica (afundamento de um transatlântico, queda de um avião, acidente rodoviário), os agentes e as vítimas de uma carga policial, de uma perseguição de minorias, de um crime, etc.

c) A qualificação de uma pessoa como pertencente à *Zeitgeschichte* faz recuar as fronteiras da privacidade e mesmo da intimidade, como objectos autónomos de tutela penal. Naturalmente, tudo terá de acontecer em termos diferenciados, consoante se trate de pessoas da *Zeitgeschichte em sentido relativo* ou *absoluto.*

Face a uma pessoa da *Zeitgeschichte em sentido relativo*, o interesse público legítimo terá "de limitar-se ao *acontecimento* que lhe empresta" a qualificação.[103]

O quadro é outro do lado das pessoas da *Zeitgeschichte em sentido absoluto.* Aqui a liberdade de imprensa só conhece um limite contrafacticamente assegurado pelas reacções criminais: o da *intimidade,* com o sentido e alcance que tentámos demarcar. Fora desse círculo, a regra será a liberdade da imprensa que verá a responsabilidade criminal afastada, logo por atipicidade. Que só não será total porque sempre se conhecerão excepções ditadas pelas diferenças apesar de tudo subsistentes no extenso e heterogéneo universo das *pessoas da história do tempo em sentido absoluto.*

(101) E o que vale para a gravidez, vale, por seu turno, para a notícia sobre a esterilidade. Foi o que o tratamento do *caso Soraya* permitiu pôr em evi dência . Sobre o caso e as suas implicações , cf. por todos, ARZT, *op. cit.* p. 107.

(102) Cf. NEUMANN-DUESBERG, *JZ*, 1960, p. 1151 et seq. No mesmo sentido DEGENHART, JUS, 1992, p. 365 e seg; ARZT, ob. cit. p. 26 e segs; M. PRINZ, *NJW*, 1995, p. 820. Do lado da jurisprudência cf. v.g. as decisões do BGH de 09.06.1965 (*NJW*, 1965, p. 2148) e de 16.06.1966 (*NJW*, 1966, p. 2353).

(103) Cf. NEUMANN-DUESBERG, *ob. cit.* p. 115. No mesmo sentido, ARZT, *ob. cit.* p. 25 e seg. Em sentido convergente, falando de uma "notoriedade transitória " PAULO JOSE DA COSTA JR., *O Direito de Estar Só*, p. 41 et seq.

Nada, por exemplo, impõe que haja de ser igual o âmbito da privacidade penalmente relevante de pessoas como: de um lado, um dirigente político que deve exclusivamente à sua função o lugar que detém na galeria da *Zeitgeschichte*;de outro lado, uma vedeta do espectáculo que em boa parte deve a popularidade à contínua espiral de "escândalos". Que provoca e com que provoca, de que alimenta a imagem (e os réditos materiais), tudo a fazer jus à expressão carregada de SCHÜNEMANN de "prostituição da própria intimidade".

Neste quadro não deve seguramente considerar-se típica (do ponto de vista do crime de *Devassa da vida privada*) a notícia de que um dirigente político almoçou (e com quem) num determinado restaurante ou fez férias (e com quem) numa determinada instância. Mas talvez já o mesmo não possa dizer-se para a notícia de que ele passou discretamente a noite dançando (e com quem) numa discoteca. Pelo contrário, já não se compreenderia que as notícias sobre os locais (e horas) frequentadas e as companhias privilegiadas por aquela vedeta (ou sobre as suas consultas de ginecologia) fossem subsumidas na factualidade típica do crime, isto é, que atingissem o limiar mínimo da relevância jurídico-criminal.

c) Uma última observação para deixar uma referência apressada ao conceito e ao regime das chamadas *pessoas da Zeitgeschichte dependentes*.[104] Temos em vista aquelas pessoas que não pertencendo, por si, à *Zeitgeschichte*, mantêm relações particularmente estreitas com pessoas da *Zeitgeschichte*. Para simplificar as coisas, *quid inde* quanto à tutela penal da vida privada do cônjuge (namorado, noivo, amante, etc.) de uma *pessoa da história do tempo*? A benefício de ulterior e mais aturada ponderação cremos que no essencial deve acompanhar-se NEUMANN-DUESBERG, que ainda aqui procura tirar partido da fecundidade hermenêutico-normativa da distinção entre *pessoas da Zeitgeschichte em sentido relativo* e *em sentido absoluto*.[105] Resumidamente, enquanto as primeiras não comunicam às pessoas "dependentes" a qualificação e o regime da *Zeitgeschichte*, já o inverso valerá para as segundas.

Nestes termos e reportando-se directamente a um caso da *praxis* jurisprudencial, considera NEUMANN-DUESBERG que a mulher de um juiz condenado pelo crime de *Burla* não pertence à *Zeitgeschichte*, devendo, por isso, ser-lhe assegurada a normal tutela típica da privacidade.[106] Diferentemente, já quem casa com uma pessoa da *Zeitgeschichte* em *sentido absoluto* (*v.g.* o anónimo guarda-costas que casa com a princesa) passa *e*

(104) Sobre o conceito, ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, p. 108.

(105) Cf. NEUMANN-DUESBERG, JZ, 1960, p. 117 et seq. O critério proposto por NEUMANN DUESBERG parece-nos em qualquer caso preferível ao sugerido por ARZT, que privilegia a contraposição entre pertinência à *Zeitgeschichte* por razões *positivas* e pertinência por razões *negativas*. Cf. *ob cit.* p. 108 et seq.

(106) Cf. NEUMANN-DUESBERG, ob. loc.cit. Como o autor enfatiza, terá, pelo menos, de ser assim na medida em que o casamento não tenha conexão com o crime. Já seria diferente na hipótese inversa: se, *v.g.*, a mulher tivesse comparticipado (com o juiz) na morte da primeira mulher do juiz, precisamente em vista do casamento com ele. Sobre o direito à privacidade/intimidade das pessoas que retornam à condição de cidadãos comuns, com o termo ou a renúncia à carreira e à semelhança de CHARLES DE GAULLE, colocam à entrada do seu retiro (Colombey-lesdeux-églises): "propriedade privada: entrada proibida', cf. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *O Direito de Estar Só*, p. 41 et seq.

o ipso a pertencer ao círculo das *pessoas da história do tempo.*

14. a) Como deixamos antecipado, também em sede de *ilicitude/justificação* volta a aflorar o propósito de alargar a fragmentaridade da tutela penal da privacidade/intimidade face aos sacrifícios decorrentes do exercício da liberdade de imprensa. Na impossibilidade de levar as coisas mais longe, deixaremos uma nota apressada e conclusiva sobre a chamada *prossecução de interesses legítimos*. Trata-se de uma específica derimente da ilicitude, inscrita na Parte Especial do Código penal e expressamente associada aos *crimes contra a honra* (artigos 180 e segs.) e ao crime de *Devassa da vida privada* (artigo 192). Tudo permitindo concluir que ela será igualmente aplicável a crimes como a *Violação de segredo* (artigo 195). Tudo permitindo outrossim adiantar que os jornalistas figurarão entre os destinatários normais e privilegiados desta derimente da ilicitude.

A *prossecução de interesses legítimos* do Código Penal português presta homenagem à experiência jurídico-penal germânica centrada sobre o § 193 do StGB, *Wahrnehmung berechtigter Interesen.*

Uma experiência secular, feita de controvérsias, de avanços e recuos. E onde ainda hoje praticamente tudo persiste como motivo de dissonância: desde o âmbito e alcance da figura, ao seu estatuto dogmático e inserção sistemática, à fundamentação axiológico-normativa, até à precisa determinação dos elementos nucleares do regime. O que em boa medida se deve à ambiguidade estrutural e atávica do § 193, que remonta a 1871 e, por vias disso, vem conhecendo interpretações e construções que se sucedem ao ritmo do cortejo histórico de mundivisões culturais, políticas, jurídicas e doutrinais.

Como seria de esperar, o legislador português – nesta parte influenciado pela doutrina de FIGUEIREDO DIAS[107] – procurou ultrapassar algumas das limitações mais comprometedoras do preceito alemão, obviando a muitas das antinomias do intérprete e aplicador germânico. O que que não significa – longe disso – que o gesto do legislador tenha solucionado de forma definitiva questões que só à doutrina e jurisprudência cabe afrontar. É o que não pode perder-se de vista quando se lançar um olhar sobre os aspectos mais marcantes da *prossecução de interesses legítimos* no contexto do artigo 192, 2 do Código Penal. Segundo o qual: "*o facto previsto na alínea d) do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante.*"

b) Numa primeira aproximação, começa por avultar a decisão de limitar a eficácia derimente às condutas típicas de devassa que contendem com a *vida privada*, e a *doença grave*. Descontado o caso específico da *doença grave* fica, assim, fora do alcance da *prossecução de interesses legítimos a vida íntima*, como área nuclear subtraída à lógica da *ponderação de interesses.*

Quanto aos interesses levados à balança, reclama que se trate de interesses *públicos* e *relevantes*. Uma exigência que acaba por resultar em privilégio de agentes como os jornalistas, tendo em conta a eminente dignidade comunitária e constitucional da liberdade de imprensa nos limites da sua *função pública.* Com a consequente exclusão do cultivo do *escândalo* e do *sensacionalismo*, como referente axiológico da justificação.

b) Diferentemente do que sucede no capítulo dos crimes contra a honra, a *prossecução de interesses legítimos* não

(107) Cf., do autor, sobretudo, *RLJ*, 115 (1982/3) p. 100 et seq.

integra aqui um momento de *risco permitido*. Pertencendo a verdade da imputação à factualidade típica, não faz sentido erigir a *prova da verdade* ou a *confiança na verdade* em elemento da justificação[108]. Por vias disso, também não faria sentido reclamar aqui um particular *dever de informação* ou *comprovação,* idêntico ao que é reclamado pela justificação da imputação de factos desonrosos.

A fundamentação axiológico-normativa terá de assentar exclusivamente no princípio geral da ponderação de interesses. Apesar de tudo, com diferenças significativas em relação à concretização arquetípica do *direito de necessidade* e que refazem a continuidade com a *prossecução de interesses legítimos*, enquanto derimente da ilicitude indiciada pelos atentados típicos à honra. E que legitimam a unificação dogmático-categorial. Resumidamente, também aqui a justificação não pressupõe uma *situação de perigo* nem a *superioridade sensível* do interesse a salvaguardar. Isto é, também aqui avulta sobremaneira a dimensão *dinâmica* e *inovadora* – *sc.*, a abertura à emergência e afirmação de novos valores ou interesses – afinal de contas, a marca da *prossecução de interesses legítimos.*

(108) Como o fazia, por exemplo o § 145 do *Projecto Alternativo* alemão, em nome de uma comunicabilidade que neste preciso ponto não se dá.

2. DOUTRINA NACIONAL

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO[1]

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Sistema processual penal brasileiro – 2. As garantias processuais e a política criminal – 3. O tratamento do crime organizado – 3.1. São os seguintes os diplomas normativos, internacionais e nacionais, que regem o Brasil em tema de crime organizado – 3.2. Além disso, existem no Brasil ações de organizações não governamentais para a proteção a testemunhas e vítimas da violência, dentre as quais vale salientar – 4. Alguns pontos específicos: a presunção de inocência – 5. Idem: a busca da prova – 6. Idem: proteção das pessoas – 7. Conclusões.

1. O sistema processual penal brasileiro

O sistema processual penal brasileiro segue há mais de cincoenta anos o modelo acusatório, entendido o termo como aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são completamente distintas, atribuídas a órgãos diversos, desenvolvendo-se todo o processo em contraditório pleno, de forma pública. Não há no sistema brasileiro juizados de instrução, de modelo europeu.

Encarregado do exercício da ação penal pública é exclusivamente o Ministério Público, organizado em carreira totalmente separada daquela da magistratura. Dado o regime federativo do Estado brasileiro, há o Ministério Público federal (que atua junto aos órgãos federais da jurisdição) e o Ministério Público dos diversos Estados da federação (junto aos tribunais estaduais). Apesar disso, a Constituição considera a instituição como una e indivisível. A competência da Justiça federal penal é a comum, para certos crimes definidos pela Constituição, ou especial, para os crimes afetos à Justiça Militar e à Justiça Eleitoral, todas com estrutura e competências constitucionais. A competência residual é da Justiça penal dos Estados, a qual aplica a legislação federal, uma vez que a Constituição não contempla códigos estaduais em matéria penal e processual penal. Pertencem também à Justiça estadual os tribunais do júri (de modelo inglês), com competência restrita aos crimes dolosos contra a vida, assim como os tribunais penais para infrações penais de menor potencial ofensivo, para as quais a Constituição e a lei federal prevêem a transação penal.

O juízo penal de primeiro grau é monocrático, exceção feita às Justiças especializadas militar e eleitora, que mesmo em primeira instância funciona em escabinato. Os tribunais de segundo grau e de superposição são todos colegiados.

(1) Relatório brasileiro preparado para o Colóquio da AIDP, Guadalajara, outubro de 1998, preparatório do XVI Congresso Internacional de Direito Penal sobre "O sistema da justiça penal frente ao desafio do crime organizado", Seção de Processo Penal.

O Ministério Público brasileiro é extremamente autônomo e independente. Seus membros, que ingressam na carreira por concurso público de provas e títulos, gozam das mesmas garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), sendo sua chefia exercida, no âmbito federal, pelo Procurador Geral da República (nomeado pelo Presidente da República, após aprovação do Senado federal) e, no âmbito dos Estados, pelo Governador, dentre três nomes indicados pela carreira. Todos os Procuradores Gerais exercem mandato por prazo certo, não podendo ser destituídos *ad nutum*.

A Constituição de 1988 conferiu ainda maior independência ao Ministério Público, desligando-o seja do Poder Judiciário, seja do Poder Executivo, ao considerá-lo, juntamente com a Advocacia, "função essencial à justiça". A independência é política, estrutural, funcional e orçamentária. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido aos membros do *parquet* o princípio do "promotor natural", paralelo ao do "juiz natural".

O processo penal instaura-se mediante acusação do Ministério Público, com exceção dos raros casos de ação penal privada (que subsiste, por ex., nos crimes contra a honra). A fase investigatória, prévia ao oferecimento da acusação, é atribuída à polícia judiciária, que atua autonomamente, contando apenas com o controle externo do Ministério Público. Os elementos probatórios do "inquérito policial" – que é um processo administrativo – não são produzidos em contraditório, pelo que não podem ingressar no processo. Durante o inquérito, o juiz é frequentemente chamado para emitir, em contraditório, provimentos cautelares relativos à liberdade pessoal (prisão cautelar) ou a medidas restritivas de direitos (busca e apreensão, seqüestro, arresto, interceptações telefônicas, etc.), ou ainda à produção antecipada de provas. Esses incidentes jurisdicionais, que pontilham o procedimento administrativo, podem evidentemente ser utilizados pelo juiz no julgamento do mérito. Algumas medidas cautelares irrepetíveis – como o exame de corpo de delito – são submetidas a contraditório posterior, após a instauração do processo.

2. As garantias processuais e a política criminal

O devido processo penal, no Brasil, é extremamente rico de garantias constitucionais, sendo objeto de disposição genérica e de diversas disposições específicas que asseguram o juiz natural (como proibição de tribunais de exceção e como juiz constitucionalmente competente), um processo penal de partes (e, consequentemente, a *par condicio*), a presunção de inocência, o contraditório pleno e efetivo, a ampla defesa, a publicidade (que pode ser restrita às partes, por lei, quando o decoro ou o interesse público o exigirem), a obrigatoriedade de motivação de qualquer decisão judiciária, o direito ao silêncio, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, o duplo grau de jurisdição, etc. As garantias constitucionais são, ainda, complementadas por todas aquelas previstas pela Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, ratificada pelo Brasil em 1992, a qual integra a ordem jurídica interna, segundo alguns em nível hierárquico de lei ordinária, segundo outros em nível de normas constitucionais.

Para a observância das garantias ligadas ao processo penal, o ordenamento brasileiro contempla, além dos recursos, o poderoso instrumento do *habeas corpus*, mais amplo que o de outros países, porquanto não se dirige apenas contra a ordem de prisão, mas também exerce função preventiva, podendo ser utilizado para a declaração de nulidades e para o

trancamento da investigação e do processo penal.

Doutrina e jurisprudência são muito sensíveis às garantias processuais constitucionais, o que torna a linha garantística preponderante nos tribunais. Em contrapartida, a população, assustada pela escalada da criminalidade violenta, clama por leis penais e processuais penais mais rigorosas, não sendo raras as reivindicações de introdução da pena de morte (que, em termos constitucionais, não pode ser sequer objeto do poder de emenda) e chegando, não raro, a linchamentos em praça pública. Uma posição à parte ocupam a polícia preventiva – desarmada perante o crime organizado – e a polícia judiciária, as quais, na apuração dos crimes, usam por vezes métodos condenáveis, que vulneram a Constituição e as leis.

No conflito entre a posição dos especialistas e a pressão popular – alimentada por uma imprensa alarmista e sensacionalista –, o legislador brasileiro, principalmente a partir de 1990, preferiu dar satisfação à sociedade civil, tendo produzido leis penais e processuais penais extremamente rigorosas, frequentemente desarmônicas (enquanto fruto de circunstâncias contingenciais), numa linha páleo-repressiva de políticas criminais duras, tendo por base o mito da eficiência da repressão e do papel de *détérrance* da lei penal, tudo mediante a criação de tipos penais novos, a agravação das penas, a redução das garantias processuais. O legislador só se distanciou dessa linha em alguns pontos específicos: a) para possibilitar a transação penal e a suspensão condicional do processo nas infrações penais de pequena e média gravidade, privilegiando as penas restritivas de direito – previstas na Constituição e no Código Penal – em confronto com as penas de prisão (Lei 9.099/95); b) para prever a obrigatória suspensão do processo, com a correlata suspensão do prazo de prescrição, nos casos em que o réu, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado (Lei 9.271/96); c) para suprimir a possibilidade da conversão da pena de multa em pena privativa da liberdade (Lei 9.268/96).

Os resultados dessa política criminal repressiva em nada contribuíram para diminuir a escalada do crime violento e organizado, até porque a gravíssima situação carcerária em que o país se debate (150.000 presos para 75.000 vagas) sequer possibilita o recolhimento à prisão de todos os condenados, havendo, no país, cerca de 300.000 mandados de prisão a serem cumpridos.

3. O tratamento do crime organizado

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos seqüestros, à exploração de menores e aos denominados "crimes de colarinho branco", com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, com o último, a "lavagem de dinheiro". A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e o Ministério Público não dispõe de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno de maneira global e orgânica. Problemas de corrupção na polícia e na atuação de ex-policiais tornam o quadro ainda mais dramático.

Na esteira de diversas legislações estrangeiras, o Brasil tem produzido leis específicas visando a combater o crime organizado (que, no entanto, ainda carece de definição normativa), além de contar com projetos de lei no Congresso Nacional e de anteprojetos ainda em fase de estudos.

3.1 São os seguintes os diplomas normativos, internacionais e nacionais, que regem o Brasil em tema de crime organizado:

a – Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, de 19 de dezembro de 1988. O Brasil ratificou a Convenção, vindo a mesma a integrar o ordenamento interno, em nível de lei ordinária, desde 1991;

b – Convenção sobre os direitos da criança (Resolução L44 – XLIV – da Organização das Nações Unidas, de 28 de novembro de 1989). Ratificada pelo Brasil aos 24 de setembro de 1990.

c – Lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90). Acompanhando o mandamento constitucional, que determinou a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça e anistia para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos por lei como "crimes hediondos", a lei considera como tais, dentre outros, o homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, assim como a extorsão qualificada pela morte e mediante seqüestro, determinando, para essas infrações penais e, ainda, para a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, a *insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, de fiança e liberdade provisória*, bem como o cumprimento da pena integralmente em *regime fechado* (ou seja, sem o benefício da progressão de regimes carcerários, para a prisão semi-aberta e aberta, prevista na Lei de Execução Penal). Contempla, ainda, a necessidade de decisão fundamentada do juiz para o réu *apelar em liberdade*, em caso de sentença condenatória. E amplia o *prazo da prisão temporária* (para investigações). A lei também introduz a delação premiada, pela previsão da *redução da pena de um a dois terços para o participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha*, possibilitando seu desmantelamento.

d – Lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Lei 9.034/95). A lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando, permitindo a *ação controlada*, consistente no retardamento da interdição policial da ação supostamente praticada por organização criminosa (que não define), para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento da informação, bem como o *acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais*, este mediante autorização do juiz. Prevê-se, ainda, que o *juiz se encarregue pessoalmente da diligência*, em dispositivo muito criticado por contrariar todo o sistema acusatório do processo brasileiro e que não tem sido aplicado pelo Poder Judiciário. A lei também dispõe a respeito da *estruturação da polícia judiciária*, em setores e equipes de policiais especializados, para a investigação dos crimes praticados por organização criminosa e da *identificação criminal* de pessoas envolvidas com a ação, ainda que já tenham sido civilmente identificadas. O direito premial está presente, pela previsão da *redução da pena, de um a dois terços, para a colaboração espontânea do agente* que leve ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria; fixa-se, ainda, *prazo* de 81 dias para o encerramento da instrução criminal, estando o réu preso, e de 120 dias, se estiver solto (redação dada pela Lei 9303/96); assim como a *insuscetibilidade de liberdade provisória e de fiança* aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Foi *vetado* pelo Presidente da República dispositivo que cuidava da *infiltração policial.*

e – Alteração da Lei sobre crimes contra o sistema financeiro (Lei 9.080/95). Acrescentando um dispositivo à Lei 7.492/86, que cuida dos crimes contra o

sistema financeiro nacional, prevê-se a *delação premiada* nas infrações praticadas por *quadrilha ou em co-autoria*, mediante a redução da pena de um a dois terços ao partícipe que revelar espontaneamente à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa

f – Lei que disciplina as interceptações telefônicas (Lei 9.296/96). Regulamentando permissivo constitucional, a lei dispõe sobre a interceptação de *comunicações telefônicas*, acrescentando a possibilidade de interceptação de *fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*, sempre por ordem judiciária motivada e exclusivamente para fins de investigação criminal e instrução processual penal, para *todos os crimes apenados com reclusão* (que é a pena privativa da liberdade reservada pelo legislador às infrações penais mais graves), desde que caracterizados o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, devendo ser descrita com clareza a *situação objeto da investigação*. Regula-se o procedimento de interceptação, fixando-se *prazo de 15 dias*, renovável, para sua realização. Dispõe-se sobre a *introdução dos dados no processo*, bem como sobre a *inutilização* da gravação que não interessar à prova, em contraditório. Prevê-se o *sigilo* e tipifica-se como *crime sua quebra*, bem como *a realização da interceptação com objetivos não autorizados* pela lei.

g – Lei sobre tortura (Lei 9.455/97). Além da tipificação de crimes e criação de causas de aumento de pena, a lei impõe restrições de natureza penal (*graça, anistia e regime de cumprimento da pena* privativa da liberdade, estabelecendo seu início em regime fechado) e processual penal (*fiança*), criando mais um caso de *extraterritorialidade da lei penal* (sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente sob jurisdição brasileira). É mais branda do que a Lei dos crimes hediondos, porquanto permite o indulto, a liberdade provisória, o cumprimento da pena em regime progressivo e a prisão temporária até o limite de cinco dias. Descuido do legislador ou revisão da política criminal instituída a partir da Lei dos Crimes Hediondos, que indiscutivelmente fracassou em seus propósitos?

h – Projeto de lei que dispõe sobre as medidas a serem adotadas para assegurar a proteção às pessoas expostas a grave perigo, em virtude de sua colaboração ou de declarações prestadas em investigação criminal ou processo penal (projeto de Lei 4.904/95). O projeto, do Poder Executivo, prevê uma série de medidas de proteção, sempre adotadas com anuência da pessoa interessada, a serem definidas em programa especial elaborado por comissão do Ministério da Justiça, integrada necessariamente pelo Ministério Público.

i – Anteprojeto de lei que versa sobre lavagem de dinheiro (Ministério da Justiça, D.J.U. de 05.07.1996). O anteprojeto cuida de um rol de crimes primários (entre os quais os *praticados por organização criminosa* – aqui também, sem definição), a partir dos quais pode caracterizar-se o crime de lavagem de dinheiro. Prevê a *delação premiada* para o colaborador e introduz, pela primeira vez no sistema brasileiro, a *inversão do ônus da prova*, mas não para a apreensão, e sim apenas para a *liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados*, cabendo ao acusado comprovar a licitude de sua origem. Contempla o *retardamento* da execução da ordem de prisão ou da apreensão em benefício das investigações e cria um *Conselho* de Controle das Atividades Financeiras, nomeado pelo Ministério da Fazenda, também incumbido do *processo administrativo investigatório*, podendo proceder a *requisições de informações.*

3.2 – Além disso, existem no Brasil ações de organizações não governamen-

tais para a proteção a testemunhas e vítimas da violência, dentre as quais vale salientar:

j – Programa "Provita" do GAJOP. Trata-se de organização não governamental filiada ao Movimento Nacional de Direitos Humanos e registrada no Conselho Nacional de Serviço Social do Estado de Pernambuco, desde 1981. Desenvolve com êxito o Programa de "*Apoio e Proteção a Testemunhas e Vítimas e Familiares da Violência*", com relação aos crimes praticados por *grupos de extermínio e organizações criminosas* e à violência policial. Atua por meio de rede de grupos governamentais e não governamentais, mantendo pessoas e famílias no programa de proteção.

4. Alguns pontos específicos: a presunção de inocência

A Corte Européia dos Direitos do Homem tem admitido a existência de regras de inversão do ônus da prova contra o acusado, apesar do princípio geral de presunção de inocência, inserido no art.6-2 da mesma Convenção, desde que a prova contrária fique preservada e que certos limites, considerados razoáveis, não sejam ultrapassados.

Mas o sistema brasileiro vai além, repudiando até o presente momento qualquer possibilidade de inversão do ônus da prova, que considera contrastar com o princípio de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (art.5.°, inc. LVII da Constituição Federal), entendendo que nenhuma presunção, no processo penal, pode superar a de inocência do acusado e que cabe à acusação provar os fatos constitutivos de seu pedido.

Agora, como visto (supra, 3.1, *i*) o Anteprojeto de lei sobre lavagem de dinheiro (ainda não apresentado ao Parlamento) pretende introduzir a inversão do ônus da prova, somente para as medidas coercitivas reais relativas a direitos ou valores apreendidos ou sequestrados e, assim mesmo, não para permiti-las, mas sim para que o acusado obtenha sua liberação, fundada esta em " comprovação, pelo acusado, da licitude de sua origem". (art. 4.°, § 3.°).

E como, para o sequestro o Código de Processo Penal vigente exige "a existência de *indícios veementes* da proveniência ilícita dos bens" (art.126), será a acusação que deverá provar, por esses indícios, a proveniência ilícita. Mas, para a liberação, caberá ao acusado *comprovar* a licitude da origem. A inversão do ônus da prova seria representada, portanto, por uma carga mais leve para a acusação do que para a defesa, no sentido de que, para o sequestro, bastarão "indícios veementes", enquanto para a liberação será necessária a "comprovação" da licitude, entendida como exigência de prova plena.

Daí a grande resistência à introdução do dispositivo, que se coadunaria, sem dúvida, às diretrizes da Corte Européia, mas que é veementemente rechaçada pela doutrina processual penal.

5. Idem: a busca da prova

5.1 Tendo ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, que integra o ordenamento interno, em nível de lei ordinária (supra, 3.1 *a*), O Brasil admite a extraterritorialidade da lei penal, para a apreensão e desvio de navios, bem como para a apreensão da droga.

5.2 Em matéria de meios operacionais relativos ao crime organizado (Lei 9.034/95: supra, 3.1 *d*), admitem-se ações controladas da polícia, consistentes no retardamento da interdição da ação supostamente praticada pela organização criminosa, para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação da prova e do forne-

cimento da informação (art. 2.°, II). Foi vetado o inc. I do mesmo artigo, que regulava a infiltração policial.

A atuação de agentes provocadores não é proibida pela lei brasileira, mas raramente chega a bom termo: a ilicitude da conduta do acusado costuma ser afastada pelos tribunais, que frequentemente configuram a ação do agente como de "crime impossível", em face do flagrante preparado. Nesse campo, não há regras específicas para o crime organizado.

Como visto, a mesma Lei 9.034/95 prevê, para o crime organizado, a possibilidade de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeira e eleitorais, mediante autorização do juiz (art. 2.°, III). Mas não se trata de regime próprio para o crime organizado, pois diversas leis possibilitam a quebra do sigilo previsto na lei mesmo para os crimes comuns. Discute-se se seriam constitucionais normas inseridas nas leis orgânicas do Ministério Público, que atribuem iguais poderes aos membros do Parquêt. A tendência atual é restritiva, no sentido de o Ministério Público depender de autorização judicial para proceder à quebra. Já com relação às Comissões Parlamentares de Inquérito, a que a Constituição atribui "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3.°), a orientação majoritária é no sentido da desnecessidade de autorização judicial. Mas – frise-se mais uma vez – não há diferença de tratamento entre o crime comum e o organizado.

Uma peculiaridade traçada para o crime organizado, pela mesma lei, consiste na atribuição, ao juiz, de poderes de busca e colheita da prova coberta pelo sigilo constitucional ou legal, encarregando-se pessoalmente da diligência, recoberta, por sua vez, de segredo(art. 3.°). A disposição, que parece ter tido a intenção de conferir maior tutela à intimidade (devendo sempre observar-se os limites constitucionais fixados para essas provas), foi muito mal recebida pela comunidade jurídica, tendo sido acoimada de inconstitucional em face da transformação do juiz num inquisidor, com o que se estaria violando o modelo acusatório, de processo de partes, previsto na Lei fundamental, ao distinguir nitidamente a função de acusar e julgar, instituindo para seu exercício carreiras distintas. Com a agravante de que o juiz penal brasileiro é monocrático e de que o mesmo magistrado das diligências vai julgar o mérito. Por tudo isso, os próprios juízes não tem aplicado a disposição, que já se tornou letra morta.

O regime brasileiro das interceptações telefônica é idêntico para a criminalidade comum e para a organizada. A Lei 9.296/96 (supra, 3.1 *f*), atendendo ao mandamento constitucional (art. 5.°, inc. XII), só permite a interceptação de comunicações telefônicas e de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática por ordem motivada da autoridade judiciária penal (excluído do termo o Ministério Público, que não integra o Poder Judiciário), em casos de crimes punidos com a pena de reclusão, e consequentemente mais graves (arts. 1.° e 2.° da lei).

O tratamento das buscas e apreensões, previsto na Constituição (art.5.°, inc. XI) é bastante rígido: a casa (entendido o termo em sentido bastante amplo) é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou por desastre ou para prestar socorro, ou ainda, durante o dia, por determinação judicial. Assim sendo, as buscas e apreensões, seja qual for a natureza do crime, só podem ocorrer de dia, por ordem judicial, excetuada a hipótese de flagrante delito, quando a busca e apreensão pode ser realizada sem autorização judicial, mesmo de noite. O conceito de "flagrante delito" é amplo,

incluindo o "quase flagrante", ou seja a situação de quem é perseguido ou encontrado, logo após o crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir seja ele o autor da infração (art. 302, III e IV CPP).

O interrogatório do suspeito, na polícia, ou do acusado, em juízo, deve ser necessariamente precedido pela informação sobre o direito ao silêncio (art. 5.°, inc. LXIII). A assistência do advogado pode ser dispensada na polícia (em que, como visto, os elementos probatórios não são tomados em contraditório, não podendo ser valorados pelo juiz: v. retro, 1), mas é estritamente obrigatória no processo, uma vez que a garantia constitucional que assegura a ampla defesa (art. 5.°, inc. LV) é interpretada no sentido de abranger a autodefesa e a defesa técnica, sendo mais ampla do que a prevista na Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, que usa a disjuntiva "ou" (art. 8, 2, *d*). Nenhum tratamento distinto recebe o crime organizado.

Note-se, ainda, a relevância no Brasil das garantias constitucionais: as provas obtidas infringindo normas e princípios inseridos na Lei Fundamental são consideradas ilícitas, e expressamente tidas por inadmissíveis no processo pela própria Constituição (art. 5.°, inc. LVI). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) não as admite sequer em face do princípio da proporcionalidade e a tendência majoritária do Supremo é afastar do processo também a denominada "prova ilícita por derivação", ou seja aquela lícita em si, mas conseguida por intermédio de uma prova ilícita (por ex., busca e apreensão lícita, mas realizada com base em informações colhidas por meios ilícitos). Tudo isso também se aplica ao crime organizado.

A invocação do segredo profissional por testemunhas não é apenas um direito, mas um dever previsto pelo Código de Processo Penal, sem exceções (art. 207). Para contornar a proibição de depor, é preciso que haja desobrigação pela parte interessada, e assim mesmo fica a critério da testemunha falar ou não.

Finalmente, em matéria de cooperação internacional entre policiais, membros do Ministério Público e juízes, seguem-se as normas de diversos tratados, podendo afirmar-se ser ela mais intensa em matéria de crime organizado.

5.3 Como visto, a mesma Lei 9.034, supra referida, voltada ao crime organizado, prevê a estruturação dos órgãos da polícia judiciária, mediante setores e equipes de policiais especializados no combate ao crime organizado (art. 4.°). A implementação da previsão legislativa depende da vontade política do governo e tem variado muito de Estado para Estado (ver supra, 1)., nos crimes de competência da Justiça estadual. Os resultados, provavelmente, ainda vão demorar.

A polícia federal, encarregada das investigações dos crimes da competência da Justiça federal, também tem feito esforços nesse sentido, com algum êxito.

O Ministério Público federal e o estadual, em alguns Estados, também têm conseguido organizar-se melhor, mas a resistência da polícia em submeter-se a seu "controle externo" (ou seja, o acompanhamento do inquérito policial: ver supra, 1) tem dificultado a tarefa.

Com relação ao Poder Judiciário, a Constituição atribui à Justiça federal a competência para processar e julgar, entre outros, os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, bem como os crimes previstos em tratados e convenções internacionais quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou deva ocorrer no estrangeiro, ou recipro-

camente, e ainda os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica e os cometidos a bordo de naves ou aeronaves (art. 109). Outros crimes praticados por organizações criminosas são da competência da Justiça dos Estados.

Apesar dessa divisão de competências, não se pode afirmar, no Brasil, a existência de órgãos especializados da Justiça para o crime organizado, nem de direito, nem muito menos de fato. O princípio do juiz natural abrange a garantia do juiz constitucionalmente competente (art. 5.°, inc. LIII), de modo que só uma Emenda à Constituição poderia criar uma Justiça especializada para o crime organizado, inexistindo qualquer proposta nesse sentido.

Mais simples seria atribuir especialização aos órgãos pré-existentes da Justiça federal ou estadual, já previstos pela Constituição, o que dependeria apenas de leis (federal e estaduais), mas também nesse ponto não há qualquer iniciativa no Brasil.

6. Idem: proteção das pessoas

6.1 Como visto (supra, 3.1 *c*, *e* e *i*), as leis dos crimes hediondos e dos crimes contra o sistema financeiro (Leis 8.072/90 e 7.492/86, esta após a edição da Lei 9.080/95), bem como o Anteprojeto de lei sobre lavagem de dinheiro (*DJU* de 5.07.96) prevêem a delação premiada para os colaboradores da justiça, co-agentes do crime (outro ponto muito polêmico na doutrina).

Mas não há sistemas legais instituídos para a sua proteção, a não ser pela previsão do Projeto de Lei 4.904/95, ainda não aprovado pelo Parlamento (supra, 3.1 *h*). Sobram apenas iniciativas privadas, de caráter esparso, como a do GAJOP (supra, 3.2 *j*), que não se inserem, evidentemente, num programa orgânico de proteção aos colaboradores da justiça.

Menos ainda se cuidou, no país, da proteção às testemunhas, estranhas ao crime. E há de se convir que muito difícil se torna o esclarecimento do crime organizado e a punição de seus autores, em face da imposição da lei de silêncio, pela intimidação (o que, aliás, é uma das características das organizações criminosas, no próprio conceito da legislação italiana).

Não há qualquer previsão, no ordenamento brasileiro, relativamente ao anonimato de testemunhas, ao sigilo sobre seu nome ou domicílio, aos depoimentos à distância. Para evitar pressões sobre testemunhas, durante as investigações, pode-se lançar mão da prisão temporária do suspeito, inclusive para os crimes de extorsão mediante sequestro, quadrilha ou bando, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.960/89, art. 1.°, III, *e*, *l*, *n*, *o*) ; ou, durante a instrução processual, da prisão preventiva do acusado, em qualquer crime punido em tese com a pena de reclusão (arts. 312 e 313 CPP), ambas as prisões cautelares necessariamente autorizadas pelo juiz em decisão motivada, e desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*.

O ordenamento não prevê agravação da pena quando a ameaça ou violência, ou outro crime, se dirige a testemunhas, juízes ou outras autoridades. Mas prevê o crime de coação no curso do processo judicial ou administrativo (art. 344 CP) , tipificado pelo uso da violência ou grave ameaça contra a autoridade, a parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial, ou administrativo . Não há qualquer possibilidade de dispensar os jurados, para protegê-los, sendo também a do Tribunal do Júri (competente para os crimes dolosos contra a vida) uma garantia constitucional (art. 5.°, inc. XXXVIII). É característica constitucional do Júri brasileiro o sigilo das votações, tomadas em câmara secreta.

6.2 A prisão preventiva obrigatória foi abolida, no sistema brasileiro, em 1977, pela Lei 6.416. Mas a Constituição de 1988, considerando inafiançáveis e insusceptíveis de graça e anistia, dentre outros, os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os "hediondos" (art. 5.°, XLIII) foi superada pelo legislador que, como visto (supra, 3.1 *c*), acrescentou a proibição do indulto (art. 2.°, I) e vedou não apenas a fiança, mas também a liberdade provisória para esses crimes (art. 2.°, II da Lei 8.072/90). Ora, a liberdade provisória, com ou sem fiança, é uma medida cautelar que, no Brasil, pode substituir a prisão em flagrante. Desse modo, em caso de flagrante, nos crimes supra referidos, o impedimento de liberdade provisória (mesmo com vínculos pessoais) torna a prisão cautelar obrigatória. E isso também tem sido muito criticado pela doutrina, que reconduz todas as formas de prisão processual à exigência da caracterização do *fumus boni iuris* e do *periculum libertatis*. Com relação à liberdade provisória, é oportuno lembrar que no Brasil não se utilizam técnicas como o "bracelete eletrônico".

A mencionada lei também tem reflexos sobre a prisão decorrente de sentença condenatória sujeita a recurso, fixando-a como regra geral à qual o juiz pode excepcionar, em decisão motivada (art. 2.°, § 2.°). Diferente é o tratamento para os outros crimes, em que a regra é a de que o condenado, que respondia solto ao processo, continua livre, salvo decisão motivada do juiz em contrário (art. 594 CPP, assim interpretado, após a Constituição, pela jurisprudência dominante). O regime prisional para esses crimes é muito mais rigoroso, não contemplando a progressão do regime fechado para o semi-abero e o aberto (art. 2.°, § 1.°).

Na Lei dos crimes hediondos, o prazo para a prisão temporária, que pode ser ordenada pelo juiz durante as investigações, passou de 5 dias, renováveis por mais 5 (art. 2.° da Lei 7.960/89) para 30 renováveis por mais 30 (art. 2.°, § 3.° da Lei 8.072/90), enquanto na Lei sobre os crimes de tortura não há menção à duração.

Aliás, esta última lei (supra, 3.1 *g*) veio atenuar o rigor das disposições da Lei dos crimes hediondos, ao permitir a liberdade provisória com outros vínculos que não a fiança (art. 1.°, II, § 6.° da Lei 9.455/97), bem como a progressão dos regimes prisionais, após o início do cumprimento da pena em regime fechado (§ 7.° do mesmo dispositivo),sendo que impede graça e anistia, mas não o indulto (§ 6.°).

Há quem afirme que o abrandamento operado pelo legislador se motivou em razões de política legislativa, dada a evidente inoperância da Lei dos Crimes Hediondos para coibir a criminalidade organizada e violenta, enquanto outros acreditam que a mitigação do rigor da referida lei teria sido impensada, devida exclusivamente à forma atabalhoada com que as leis têm se sucedido.

Com relação ao prazo de duração da prisão preventiva, não há regra expressa no Código de Processo Penal, entendendo a jurisprudência que a instrução, até a sentença de primeiro grau, deve durar até o máximo da soma dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, que é de 81 dias na Justiça estadual e de 101 dias na federal para o rito ordinário (reservado aos crimes mais graves). Já a Lei sobre crime organizado (Lei 9.034/95: ver supra, 3.1 *d*) estipulava o máximo de duração para a prisão processual em 180 dias (art. 8.°), mas, na redação da Lei 9.303/96, o artigo foi modificado para reduzir-se o prazo a 81 dias para o réu preso.

Desse modo, a lei brasileira não contempla mais prazo mais longo de duração da prisão preventiva em relação ao crime organizado. Mais um abrandamento na nova linha política do legislador brasileiro?

6.3 Não há modalidades especiais de proteção às vítimas do crime organizado, salvo no que tange a algumas ações isoladas, não governamentais, acima relatadas (supra, 3.2, *j*).

7. Conclusões

Do sucinto quadro acima traçado, verifica-se que a legislação brasileira não acolhe um verdadeiro "processo penal de emergência" para o crime organizado – como faz, por exemplo, a Colômbia, com relação às "testemunhas sem rosto" ou a Itália, pela legislação especial e, mais recentemente, com as alterações introduzidas ao Código de Processo Penal de 1988, sobretudo para as medidas cautelares e às provas.

A linha garantidora do processo penal, majoritária na doutrina e na jurisprudência, não vê com simpatia sequer os primeiros passos dados pelo legislador brasileiro, como a delação premiada instituída pelas leis dos crimes hediondos e dos crimes financeiros e no projeto de lei sobre lavagem de dinheiro. Conseguiu o veto presidencial ao reconhecimento da infiltração policial, talvez pela forma imperfeita pela qual a mesma vinha regulada na lei sobre os meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado. Resiste à introdução da técnica da inversão do ônus da prova, até mesmo para a liberação de bens apreendidos ou sequestrados. Não admite que o juiz, cujo primeiro atributo é a imparcialidade, se envolva nas investigações e na busca da prova. Concorda com a necessidade de especialização e preparo da polícia e com a exigência de equiparse melhor o Ministério Público, mas não chega a preconizar a instituição de uma justiça especializada para o crime organizado. Não compactua, numa palavra, com a posição segundo a qual a luta eficiente contra as organizações criminosas deva passar pela compressão das garantias constitucionais do processo.

Critica, ademais, a forma dispersa e desarmônica com que o legislador tem enfrentado a questão, produzindo leis de afogadilho e sob a pressão da opinião pública. Vê no crime organizado causas econômicas, sociais, éticas e até políticas. Entende que não basta cuidar, para enfrentá-lo, de mecanismos penais e processuais penais, embora acredite que os órgãos da investigação e da persecução devam ser dotados dos instrumentos necessários, reequipando-se e modernizando-se, além de se chegar à perfeita coordenação entre as atividades do Ministério Público e da polícia.

Acredita-se, enfim, que a luta contra o crime organizado não poderá, no Brasil, ter êxito sem uma forte vontade política e sem o abandono da deletéria postura corporativa tão enraizada em suas instituições.

Diante desse quadro, pode-se abordar a última questão: sem dúvida, a luta contra o crime organizado, que gerou convenções internacionais ratificadas pelos Estados, tende a trazer consigo uma certa harmonização das diversas legislações nacionais e talvez a simples necessidade acabe por operar essa aproximação, mesmo fora das Convenções. O Brasil integra o Mercosul com Argentina, Uruguai e Paraguai e o primeiro passo rumo à harmonização poderia ser dado em relação a países mais homogêneos por formarem comunidades não só econômicas, mas também políticas e culturais.

No entanto, creio que a preconizada harmonização não possa ser imposta, devendo observar as peculiaridades da tradição jurídica, da cultura e da realidade de cada país. Acredito que se poderá chegar a traçar diretrizes e limites, na linha de princípios gerais a serem moldados pelos Estados, enquanto muito remota parece a possibilidade de uma verdadeira unificação, pelo menos na América latina.

2. DOUTRINA NACIONAL

ARMA DE BRINQUEDO

ALBERTO SILVA FRANCO

A Lei 9.437/97 trouxe, outra vez, à baila a questão referente ao emprego de "arma de brinquedo", no delito de roubo, como causa especial de aumento de pena. Antes da entrada em vigor do novo diploma legal, súmula do Superior Tribunal de Justiça – Súmula n. 174 – de recente aprovação, no sentido do reconhecimento do roubo agravado, na hipótese de uso de arma de brinquedo, tinha provocado as manifestações contrapostas do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro ("Arma de Brinquedo" *in* " Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais", 50, p. 12) e do Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior ("Brinquedo não é arma" – "Crítica à Súmula 174 do STJ" *in* " Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais", n. 50, p. 1). Os pontos de colisão entre as teses, por eles, defendidas ficaram de tal forma à mostra que uma tomada de posição, na matéria, não exigia de quem as lesse considerações mais aprofundadas. A Lei 9.437/97 serviu, no entanto, para provocar novos questionamentos e, desse modo, reapresentar, sob nova ótica, a questão do enquadramento ou não da arma de brinquedo como causa de aumento de pena, na hipótese da prática do delito de roubo.

A primeira – e a mais importante – alteração, no quadro atual de discussão da matéria, é a introdução da arma de brinquedo no campo da tipologia penal. Essa inclusão revela uma preocupação exacerbada do legislador, em relação à denominada criminalidade de massa. Os roubos são fatos delituosos que se amiúdam na realidade brasileira, perturbando a tranqüilidade do cidadão comum. A idéia de solucionar os problemas acarretados pelo aumento de roubos, através da pura e simples criminalização da arma de brinquedo, constitui, no entanto, um absurdo sem paralelo, na legislação penal brasileira. Não será, por certo, a criação da nova figura tipica que provocará a redução do índice de incidência de roubos no País. Por outro lado, o legislador penal insiste cada vez mais em seu enfoque político-ideológico de solucionar questões de ordem social, com o emprego da máquina repressora do Estado. O insucesso é a previsão que se confirma em cada novo tipo criado ou em cada nova agravação punitiva de tipo preexistente. Sem preocupar-se com as conseqüências da desmoralização do Direito Penal, que não tem condições de revelar eficácia nos conflitos a que é chamado a intervir, o legislador persiste na sua insensata política de produzir uma legislação penal simbólica para mostrar apenas que está atento às preocupações do cidadão ou para dar-lhe uma aparência de tranqüilidade. Mas nem um tipo penal novo, nem um tipo penal já existente, mas agravado em seu preceito sancionatório – sem outras medidas mais profundas exeqüíveis em área não penal – serão suficientes para devolver, ao brasileiro comum, a desejável tranqüilidade. O Direito Penal simbólico é uma construção política falaciosa, sem rebuços, que deve ser sistematicamente denunciada, se se pretende preservar o Estado Democrático de Direito.

No caso em exame, o legislador penal não se limitou à inclusão da arma de brinquedo no rol das figuras criminosas. Foi além. Equiparou a arma de brinquedo à arma de fogo e, não satisfeito, atribuiu às condutas ilícitas, que construiu em torno desses objetos, um mesmo preceito sancionatório, ou seja, a detenção de um a dois anos e a multa, como se o poder vulnerante de uma ou de outra fôsse eqüipolente, exigindo igual reação punitiva. Insensibilidade maior é, sem dúvida, algo impossível de ser repetido na legislação penal brasileira.

O inciso II, do § 1.º do art. 10 da Lei 9.437/97 incrimina a conduta de quem " utiliza arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes". A nova figura típica tem seu ponto nuclear no verbo transitivo direto " utilizar" que, na acepção empregada, quer dizer " fazer uso de", valer-se de", " usar". Cuida-se de um verbo de coloração inocente, pois, no seu significado básico, não reflete carga explícita de ilicitude. " Utilizar" é um indiferente penal. Destarte, para surpreender seu sentido ilícito, torna-se necessária, de imediato, a referência ao objeto da ação, ou seja, à coisa sobre a qual recai a conduta do agente. O objeto direto é a " arma de brinquedo". "Utilizar arma de brinquedo" não tem, ainda, o menor conteúdo de ilicitude. Não pode representar comportamento algum de caráter lesivo. Daí ver-se o legislador na contingência de construir para a arma de brinquedo uma frase que lhe servisse de aposto: " simulacro de arma capaz de atemorizar". O que quer dizer " simulacro"? De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, " Novo Dicionário Aurélio da Lingua Portuguesa:, 2. ed., p. 1587-1588, Editora Nova Fronteira – Rio de Janeiro: 1986), " simulacro" , no entendimento que lhe empresta o texto legal, quer dizer " imitação", " cópia ou reprodução imperfeita ou grosseira", " arremedo". Destarte, o objeto utilizado deve reproduzir – ou, ao menos, ter a semelhança, ainda que " imperfeita ou grosseira" de uma arma – a forma de uma arma verdadeira. Mas não basta que haja um simulacro de arma. É mister algo mais: a imitação de arma deve estar dotada da capacidade de atemorizar outras pessoas. Assim, o arremedo de arma verdadeira não pode apresentar-se tão imperfeito ou tão grosseiro que dele exclua seu poder de infundir medo às pessoas. Há, assim, um limite no simulacro, aquém do qual não há cuidar de conduta criminosa. A " utilizacão de arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem" não se completa, como figura típica, se o agente não agir " para o fim de cometer crimes". Esse elemento subjetivo do tipo é de inquestionável relevo, pois, se a ação empreendida não estiver animada pela finalidade referida no tipo, não há cuidar da figura do n. II, do § 1.º, do art. 10 da Lei 9.374/97.

O novo diploma legal elaborou, deste modo, uma figura típica, de caráter anormal porque, além dos elementos objetivos que constituem a estrutura fundamental de qualquer tipo, exigiu a presença de um elemento normativo e de um elemento subjetivo. Não basta, assim, o emprego de arma de brinquedo. É necessário que se verifique se tal imitação de arma de fogo apresenta a capacidade de atemorizar pessoas. E sob essa ótica, o conceito de "capacidade de atemorização " é um dado típico dependente de preenchimento, por parte do julgador. Além disso, é imprescindível, também, que esteja presente a especial finalidade que move o agente à pratica do delito. É com esse momento de subjetividade que o agente ilumina a base objetiva de sua conduta para efeito de incluí-la no campo da tipicidade.

Todas essas considerações mostram-se pertinentes no momento em que se deve analisar o novo tipo penal em

função do delito de roubo agravado pelo emprego de arma.

Nunca é demais insistir que o inc. I, do § 2.º do art. 157 do Código Penal se referiu a um conceito global de "arma" no qual se incluiam não apenas as armas próprias, como as armas impróprias. O legislador penal de 1940 não teve o propósito de abranger, nesse conceito, objetos que não apresentassem poder vulnerante. Destarte, a causa especial de aumento de pena estava firmemente vinculada à ocorrência de uma circunstância objetiva, ou seja, à existência de um instrumento, qualquer que fôsse, que tivesse as características de ataque ou de defesa. Uma arma, enfim. Real, verdadeira, com capacidade de ofender fisicamente uma pessoa. E mais: exigia que o engenho, com tal definição, tivesse sido empregado, na subtração de coisa alheia móvel, como modo de violar ou ameaçar o sujeito passivo da infração penal. Ora, o conceito de arma não implica, como é óbvio, o de arma de brinquedo que, na sua área de significado, não contém a idéia de um objeto de ataque ou de defesa; portanto, de um objeto apto a lesionar alguém. Como observa Fontan Balestra, a lei exige que a causa de aumento de pena se concretize com o uso de arma " e essa exigência não se preenche pelo emprego de arma simulada ou de brinquedo. Esse tipo de objeto é apto para qualificar o apoderamento como roubo, posto que a intimidação se logra toda vez que a vítima *crê* que é ameaçada com uma arma, mas não é apto para adequar o fato à figura agravada. Assim, pois, o apoderamento ilegítimo cometido com arma falsa ou simulada, é roubo, mas, não, roubo agravado" (" Tratado de Derecho Penal" vol V, p. 518 – Abeledo Perrot - Buenos Aires: – 1969). De igual teor, é o parecer de Quintano Ripolles para quem só "as armas reais ou instrumentos de efetiva perigosidade" podem exasperar o preceito sancionatório, no delito de roubo, "não produzindo a agravação as simuladas, por exemplo, as de brinquedo; o que não impede, pela intimidação que produzem, possam servir para caracterizar este elemento constitutivo" ("Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", vol. II, p. 327, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. Valiosa, também, é opinião de Sebastián Soler de que " a arma é considerada do ponto de vista do poder intimidante que exerce sobre a vítima e que, em conseqüência, é roubo o fato cometido mediante o emprego do que *para a vítima* era uma arma. Mas quando se trata de aplicar a agravante, não parece que a *falsa arma*, o revólver de brinquedo, seja suficiente, porque exigindo a figura que se trate de uma arma, faz-se necessário que o dolo do autor consista precisamente no emprego de algo que *seja uma arma também para ele*" ("Derecho Penal Argentino", vol. IV, p. 288, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires: 1953) Deste modo, o roubo cometido com um revólver de brinquedo é roubo, mas não roubo agravado. Por derradeiro, com sua conhecida capacidade de síntese, o des. Ranulfo de Mello Freire, citado por Dyrceu Aguiar Cintra Junior (op. cit. p.1) resumiu a questão: "arma não é brinquedo; brinquedo não é arma". Estender, por intermédio da analogia, o conceito de arma para efeito de abranger também o de arma de brinquedo constitui, portanto, um recurso inaceitável no campo penal e evidente lesão ao princípio da legalidade.

Excluída, portanto, a arma de brinquedo do conceito de "arma", autorizadora do roubo agravado, é mister que se analise a possibilidade, em face da Lei 9.437/95, de um concurso entre as normas do art. 10, § 1.º, II desse diploma legal e do art. 157 *caput* do Código Penal. Sob este enfoque, não há como admitir a incidência das duas normas penais. Com efeito, se o agente, para subtrair coisa alheia móvel, emprega

violência ou grave ameaça e se esse modo de execução encontra expressão na utilização de uma arma de brinquedo, não apta para a violência, mas perfeitamente idônea para produzir a atemorização da vítima, força é convir que os dados compositivos básicos (utilização de arma de brinquedo, dotada de poder de atemorização) do art. 10, § 1.°, II da Lei 9.437/95 se incorporam à perfeição no tipo do art. 157 " caput". Não se alegue que, além daqueles dados, o agente no caso da figura típica mencionada na Lei 9.437/97, deve ter por fim cometer crimes. E, portanto, tal finalidade não acha explicitada na figura do roubo. O argumento é imprestável. A idéia da finalidade registra que o procedimento do agente deve ser comandado em todos os seus atos, pelo propósito de cometer crimes. Mas se o crime foi realizado por inteiro, a consideracão finalista desaparece, subsumida pelo resultado ou seja, pela consumação do roubo. Não há, portanto, cogitar de punir-se alguém pela finalidade de realizar um crime se, em concreto, vem a executá-lo. Em verdade, a figura típica do art. 10, § 1.°, II, da Lei 9.437/97 está incluída na figura do roubo. É caso típico de aplicação do princípio da subsidiariedade tácita que ocorre "quando a norma subsidiária não condiciona taxativamente, a própria aplicação à insubsistência do delito principal ou primário.Dessume-se da circunstância de achar-se o fato implicado neste, como elemento constitutivo, agravante ou *meio prático da respectiva execução* (Oscar Stevenson, Concurso aparente de normas penais", *in* " Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria", p. 39, Rio de Janeiro: 1962). Destarte, o tipo referente à arma de brinquedo, descrito na Lei 9.437/97 fica absorvido pelo *caput* do art. 157 do Código Penal.

2. DOUTRINA NACIONAL

ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OUTRAS MEDIDAS

ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES

1. A história do Direito Penal é a história da pena. A sua análise demonstra que a evolução, nesta área, coincide com as mudanças determinantes no modo de encarar a sua missão de combater a criminalidade. Embora perceba-se que o Direito Penal sofre a influência das ideologias dominantes em cada época (liberalismo de tipo individualista, nacional-socialismo alemão, facismo, comunismo, democracia-social, etc.[1]), é possível dizer que a sua evolução coincide com a liberalização dos métodos de repressão ao crime. Não fora isso e não se explicaria a abolição contínua da pena de morte e outras medidas penais de terror, constituídas pelos suplícios.[2]

2. O fim deste século assiste a um outro labor dos pensadores penais: o de demonstrar que a prisão é um mal, com vistas à diminuição progressiva de sua liderança no elenco das respostas ao crime.

Várias razões levaram a esse entendimento.

Primeiro, porque as penas de curta duração não servem a qualquer programa de recuperação do apenado.

Segundo, porque quanto maior o tempo de prisão, maiores os riscos de degradação do condenado[3], impedindo a sua desejável recuperação e aumentando,

(1) Sobre a influência das diversas ideologias sobre as legislações, v. aprofundado estudo de Bettiol, Aspetti politici del diritto penale contemporaneo, *In: Scritti Giuridici,* Padova: Cedam, 1966, v. 2, p. 783-837.

(2) Vários deles são descritos no conhecido livro de Michel Foucault, *Vigiar e punir,* Trad. Ligia M. Pondé Vassalo, Petrópolis: Vozes, 1991.

(3) A propósito, é interessante mencionar os estudos sobre as instituições totais, inicialmentente como objeto de atenção dos sociólogos e, quase contemporâneamente, também tema de pesquisas psiquiátricas, psicológicas e criminológicas, a partir dos anos 60 até o final da década de 80. A definição dada à expressão "instituição total" por Erving Goffman, *Manicômios, prisões e conventos,* Trad. Dante Moreira, São Paulo: Perspectiva, 1974, foi ponto de referência obrigatório para os demais estudos que se seguiram, a saber: "Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso" (Goffman, *op. cit.*, p. 11). Após definir a expressão, ordena as diversas formas de instituições totais existentes em nossa sociedade em cinco agrupamentos, inserindo as cadeias, penitenciárias, prisões, no terceiro grupo, assim determinado: "Um terceiro tipo de instituição total é organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração... (Goffman, *op. cit.*, p. 17).

conseqüentemente, os riscos da sociedade, que um dia o terá de retorno.

Terceiro, porque certamente o encarceramento não produz consequências nefastas apenas sobre o sentenciado, mas ampliam-se, desestabilizando a família. Então o mal da pena (enquanto esta não puder, na visão dos utópicos, ser eliminada[4]), deve ser tanto quanto possível neutralizado, pelo encurtamento do prazo de prisão, pelo ofertamento de oportunidade ao sentenciado de continuar, mesmo preso, a "participar" da família[5], e o que é mais importante, a não perder o estímulo de poder voltar à sociedade, como pessoa em condições de desfrutar o que de bom ela ainda lhe possa oferecer.

Portanto, se não é possível instituir um sistema penal maleável, em que a pena, na fase de sua execução, seja relativamente indeterminada *pro reo* (é o que propomos como ideal), é necessário que as cominações legais não estabeleçam mínimos que impeçam uma correta individualização, segundo as diretrizes legais de dosimetria da pena.

3. Ninguém que tenha estudado convenientemente as questões que envolvem a pena privativa de liberdade (privação de afeto, promiscuidade, problema sexual[6], trabalho, superpopulação

No âmbito da sociologia criminal, diversos estudos se seguiram sobre as prisões, enquanto instituições totais, em especial na Alemanha, Itália, Estados Unidos e Inglaterra, dentre outros países. Em interessante e profunda exposição sobre o tema, que reúne os resultados dessas pesquisas, Gaetano de Leo, *Psicosociologia della criminalità e della devianza,* Roma: Bulzoni, 1987, v. 2, p. 175-176, sintetiza os efeitos da institucionalização, denominados "prisionação", da forma seguinte: "1) perda da individualidade; perda dos valores e capacidades que o sujeito, em precedência, possuía ; 2) estranhamento, ou seja, perda da capacidade de adaptação as mudanças da realidade externa; 3) danos físicos e psíquicos em relação ao período de institucionalização; 4) isolamento em relação às interações do mundo externo e interno; 5) privação de estímulos, seja pelas limitações do ambiente físico institucional, seja pelo ritmo monótono e lento da vida institucional".

(4) Refiro-me ao movimento abolicionista no âmbito penal, como uma corrente da criminologia crítica que reúne diversas teses cujo núcleo comum é a proposta de abolição das penas privativas de liberdade e do sistema penal em geral. Sobre o ponto, cf. completo e profundo estudo de Mauricio Martínez Sanchez, *La abolición del sistema penal*, Bogotá: Temis, 1990.

(5) Acentua Erving Goffman, *Manicômios, prisões e conventos,* cit., p. 22, a incompatibilidade das instituições totais com a família, ao afirmar que "As instituições totais são também incompatíveis com outro elemento decisivo de nossa sociedade – a família"[...] "Independentemente do fato de determinada instituição total agir como força boa ou má na sociedade civil, certamente terá força e esta depende em parte da supressão de um círculo completo de lares reais ou potenciais".

(6) Segundo Gaetano de Leo, *Psicosociologia della criminalità e della devianza,* v. 2, cit., p. 184-185, as pesquisas demonstram que a repressão sexual e a sexualidade em geral, nas instituições totais, tratam-se de potencial e real forma de violência, em particular nas instituições monossexuais, que terminam por levar o sujeito ao isolamento sexual. As prisões são tipicamente monossexuais, porque hospedam "*persone fisicamente e psichicamente* ***intatte e sessualmente esperte****. Sono state esaminate diffusamente le modalità strutturali e organizzative di deprivazione sessuale, ma anche, in senso più lato, affettiva, emotiva, di contatto umano; e gli adattamenti più o meno violenti in termini di autoerotismo, masturbazione, omosessualità, prostituzione, sfruttamento, ecc.*"(De Leo, *op. cit., loc. cit.*). Assinala, ainda, De Leo, que "*G. Salierno, in particolare, trasponendo all'istituzione totale lo schema di lettura che W. Reich*

carcerária, etc.) ousou defendê-la. Recordo-me de pensadores de primeira linha que, teoricamente, aceitavam a pena privativa de liberdade com limitadas restrições e que, após uma reflexão mais profunda, escreveram páginas que servem de fundamento aos esforços que tendem a relegá-la a *ultima ratio* do sistema. Refiro-me, pela ordem cronológica de suas manifestações, a Roberto Lyra[7], Heleno Fragoso[8] e Manoel Pedro Pimentel[9]. Em vigorosa síntese pode-se dizer, na linha de seus estudos: a) a prisão é fator de crimes; b) o conflito que consiste em educar alguém para a liberdade em regime de prisão; c) o problema da prisão é a própria prisão.

4. Demonstrado que a prisão é um mal, resta situá-la no quadro das medidas de controle social, para saber se, ainda assim, deve permanecer no arsenal das respostas que o Estado oferece ao crime.

Coerente com a posição de Nélson Hungria[10] tenho que a pena privativa de liberdade não pode ser descartada no atual estágio da civilização, quer sob o ângulo da prevenção, quer da repressão. Sob o primeiro aspecto, não obstante a respeitada opinião dos abolicionistas, acredito no poder intimidativo da pena relativamente a certa categoria de pessoas. Fosse factível devassar as consciências, provavelmente chegar-se-ia à conclusão de que muitos deixaram de praticar crimes pelo medo da prisão. Quanto ao segundo aspecto, dadas as circunstâncias sumariamente expostas, entendo que a prisão funciona em sentido contrário ao que dela se espera, isto é, ao invés de defesa social, maior o risco à comunidade, especialmente por seu potencial criminógeno.

Portanto, inadequados os métodos empregados para fazer da prisão um razoável instrumento de controle social ao crime, cumpre não erradicá-la na linha das pregações abolicionistas (Hulsman[11], Henry Bianchi,[12] Thomas Mathiesen[13] e Nils Christie[14], dentre outros), mas reduzí-la ao mínimo útil, ou seja, o que se mostrar absolutamente necessário a afastar do convívio social os que se revelaram absolutamente em dissonância com o regramento normativo social.

Embora descrente do poder ressocializador da pena, estimulem-se os esforços para esvaziar seu potencial criminógeno. As medidas que visem a reintegração do homem ao meio social tanto quanto possível em condições de acreditar em si e na possibilidade de ainda

applica alla società borghese, individua nella repressione sessuale in carcere l'aspetto fondamentale del controllo istituzionale sull'individuo, sulla sua capacità di opposizione, di rivolta, di lotta" (De Leo, *op. cit.*, p. 185).

(7) A prisão como fator criminógeno, *In: Revista de Identificação e ciências conexas*, v. 12, p. 48.

(8) Ciência e experiência do direito penal, *In: Lições de direito penal;* a nova parte geral, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 435 *et seq.*.

(9) *O crime e a pena na atualidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 161.

(10) *Comentários,* Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2, p. 360, nota 155.

(11) *Sistema penal y seguridad ciudadana:* hacia una alternativa, trad. Sergio Politoff, Barcelona: Ariel, 1984.

(12) Sobre a proposta abolicionista de Bianchi, cf. Mauricio Martínez Sanches, *La abolición del sistema penal,* cit., *passim.*

(13) Dentre diversos trabalhos do estudioso, nos limitamos a mencionar *La politica del abolicionismo, In:* Abolicionismo penal, trad. Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza, Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 109 *et seq.*

(14) Do estudioso norueguês da Universidade de Oslo, mencionamos *Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno, In:* Abolicionismo penal, cit., p. 127 *et seq.*

desfrutar da vida de modo útil a si e à comunidade devem ser estimuladas.

5. Incabível nos limites desse estudo uma alongada digressão sobre o tema, basta assentar que a pena, admito, é defesa social. E a luz dessa compreensão, desmerece acentuar que ela (a prisão) não cumpre suas finalidades.

A sua inadequação ao fim a que se propõe, não importa qual seja, tem obrigado doutrinadores de todo o mundo, em congressos, conferências, escritos e pregações de toda espécie, a empenharem-se na busca de medidas alternativas à pena privativa de liberdade.

No Brasil, muito pouco se fez, a respeito, pragmaticamente. Sem rigor conceitual, afora a possibilidade de conceder-se o *sursis* aos condenados à pena de reclusão (Lei 6.416/77), a implementação do regime aberto para o cumprimento da pena e a possibilidade de aplicar-se a pena restritiva de direitos aos crimes culposos, independentemente do *quantum* da sanção privativa de liberdade fixada na sentença (Lei 7.209/84), nada mais foi criado. A Lei 9.099/95, recebida como diploma revolucionário nos arraiais do sistema penal, serviu apenas ao fim do descongestionamento da justiça penal. Via de regra, os que fazem jus às medidas previstas nesta lei, teriam direito ao *sursis*. Em última análise, excluída a revolucionária medida adotada na citada Lei 6.416/77, as alterações pouca repercussão exerceram sobre o cárcere e sobre os encarcerados.

E as prisões, que deveriam ser solução, são problemas.

Enquanto os juristas discutem em nível científico os males da prisão[15], os legisladores[16], pressionados pela opinião pública, formada pela mídia ao transmitir uma imagem crescente e aterradora da criminalidade violenta, endurecem o sistema e levam de roldão todo o esforço no sentido da descarcerização.

Em nome de uma aparente segurança vem a contrapartida da implementação de medidas rigorosas, que representam um retrocesso na citada evolução, e o Direito Penal passa a assumir uma função "simbólica" na sociedade. A lei dos crimes hediondos, que impede a progressão de regime, é algo incompreensível em uma quadra conjuntural que precisa estabelecer, para só destacar o ângulo pragmático, a rotatividade nas prisões. O mais grave, porém, dessas leis que pretendem pelo terror das penas controlar a criminalidade é o seu ilogismo do ponto de vista científico.[17]

(15) *Anais da conferência sobre alternativas à pena de prisão*, org. por Julita Lengruber, v. 2, Rio de Janeiro: 1996.

(16) Como anota Fragoso, *Ciência e experiência do direito penal*, cit., p. 446, "Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos Direito Penal. E isso porque o legislador está acostumado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos a um Direito Penal mais humano. Um Direito Penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma mais justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade".

(17) A lei dos crimes hediondos, em particular, foi inspirada no movimento da "Lei e da Ordem", notadamente conservador, que através da mídia forma a opinião

Para o só fim de exemplificação, não se compreende a exclusão da progressão de regime justamente àqueles que precisam ser testados, antes de seu retorno ao meio social. Também é incompreensível a cominação de penas mínimas que impossibilitam, ao fim das contas, a própria individualização da sanção penal. Neste caso, o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.°, inc. XLVI, CF) encontra menos aplicação quando o juiz trabalha com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 (individualização judicial), do que quando o legislador comina a sanção penal (individualização legislativa). Com efeito, de nada vale limitar o poder discricionário do juiz penal, de um lado, e possibilitar, em tese, uma justa aplicação da pena, se esta não pode obedecer a uma relativa *proporcionalidade* ao dano causado pelo crime e às particularidades subjetivas do agente (personalidade, conduta social, antecedentes, etc.).

No momento da individualização legislativa, o legislador opera à vista do caso base, normalmente grave, merecedor de rigorosa punição. Quando propõe a pena de três anos, para o tráfico de drogas, o faz com pensamento no grande traficante, que tantos males causa à juventude. Mas esquece-se de que aquele para quem imagina legislar dificilmente será protagonista de um processo penal. Em seu lugar estarão muitas pessoas, a maioria pobres e jovens, premida pela necessidade a desenvolver o comércio ilícito de droga. Brada aos céus levar ao cárcere um jovem de 18 anos de idade, primário, sem antecedentes, que mal orientado serviu de pombo-correio na entrega de pequena porção de maconha a terceiro.

Do mesmo modo, quando se pensa no estupro, ao qual se comina pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, imagina-se o anormal que colhe a operária saída a desoras do trabalho. Não se pensa em fatos que não se justificam, é certo, mas assumem configuração diversa, *e.g.*, a hipótese de o agente não se inibir de empregar a força

pública sobre a criminalidade como um fenômeno social cujo único meio de combate é o Direito Penal, com a adoção de penas severas e o completo abandono de institutos penais que, atualmente, adquiriram o espectro de verdadeiros direitos do condenados, desde que atendidos os requisitos previstos em lei. Sobre o ponto, cf. Alberto da Silva Franco, *Crimes hediondos,* 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 32-40.

A propósito dos movimentos político-criminais dessa espécie, de conotação nitidamente político-ideológica, se pronuncia, com extrema clareza e precisão, o penalista Hassemer: "*...se crean tipos penales nuevos a pesar de que aquellos de que se disponen son suficientes; se elevan las penas al máximo a pesar de que todos los que están ben informados saben que no comportan efecto especial alguno; se recortan en general los derechos de los detenidos y procesados a pesar de que sólo se quiere afectar a un reducido numero de sospechosos; se introducen leyes especiales[...] y medidas penitenciarias especiales que ofrecen serios reparos de constitucionalidad. Este tipo de reacciones, en tiempos de especial temor generalizado a la delinquencia, es muy capaz a corto plazo de echar por tierra los esfuerzos de muchas décadas por conseguir un Derecho penal equilibrado y moderno y puede reducir al Derecho penal a una mera función simbólica"[...]Un Derecho penal que en muchos de sus ámbitos tenga tan sólo un efecto simbólico no será capaz a la larga de cumplir con su tarea ni en éstas ni en otras materias, pues habrá perdido toda credibilidad" (Fundamentos del derecho penal,* Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 94-95).

contra quem mantenha relacionamento afetivo e íntimo, alcançando objetivos sexuais.[18]

Ao inserir o homicídio qualificado dentre os crimes hediondos, supõe-se o do pistoleiro profissional que, a serviço de terceiro, friamente executa pessoa que sequer conhecia. Não se imagina o caso do pai que, desesperado pelo assassinato de um filho, mate traiçoeiramente o autor da sua desdita.

A identificação de todas as hipóteses expostas, para idêntico tratamento penal é sumamente ilógica. A censura social é diversa e a reação penal, em tese, é igual, levando-se em conta que o *quantum* da pena mínima cominada não permite ao juiz adequá-lo de maneira justa ao caso concreto.

É necessário romper este paradoxo.

Os estudiosos da matéria precisam, através da mídia, esclarecer a sociedade quanto aos males das penas que só na aparência servem aos seus interesses de segurança, pois mais dia menos dia terão de volta os condenados, em condições piores do que quando entraram no cárcere.

Na doutrina já foi oportunamente acentuado por Fragoso: "Se mandarmos o delinquente para a prisão, a possibilidade de que ele se torne um delinquente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade"[19].

6. Vistas essas considerações, como premissas dificilmente contestáveis, é necessário que a pregação doutrinária conflua ao estuário da realização prática, pois os próprios pensadores penais, quando têm de propor em sede de legislação, intimidam-se e passam ao largo do que defendem teoricamente.

Muito se fala em infrações de bagatela; ou de fatos que não encontram na consciência popular uniforme reprovação; ou cujo resultado é o de perigo abstrato para bens jurídicos que já estão protegidos em outros ramos do Direito, ou que se embasam em questões puramente morais. Mas todas elas permanecem incriminadas em nosso sistema.

Muito se critica o excessivo rigor das penas, mas o beijo violento, que se subsume no tipo penal de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), acabou por ser inserido dentre os crimes "hediondos", punível com a pena mínima de 6 (seis) anos de reclusão.

Diante de penas tão drásticas, que não permitem correta individualização, é necessário que os legisladores e os estudiosos do Direito Penal se mobilizem, traçando um novo quadro com base nas modernas estratégias de política criminal.

Neste sentido, cumpre estender o requisito temporal do *sursis* para que o instituto possa alcançar penas privativas de liberdade fixadas em três anos, como mínimo; aumentar o poder discricionário do juiz penal, estabelecendo novas hipóteses de perdão judicial; na fase de execução da pena, cumpre modificar a relação em que se assenta a imposição de pena, fato-do-homem, para homem-do-fato, permitindo a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, nos casos em que o juiz entender que a medida é justa e se mostrar recomendável socialmente.

7. Em síntese, sugere-se:

a) a descriminalização de condutas desprovidas de danosidade social ou que ofereçam escasso perigo para a sociedade (infrações de bagatela), em particular as contravenções (*e.g.*, a mendicância, a

(18) A propósito, em recente decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou a *seis* anos de reclusão um jovem de *19 anos* de idade, por crime de estupro (art. 213, CP) contra sua noiva, de *24 anos*, com quem ele mantinha íntimo relacionamento havia muito tempo.

(19) *Op. cit.*, p. 463.

embriaguez, etc.), bem como de grande parte dos crimes cujo resultado é de perigo abstrato ou presumido;[20]

b) a descriminalização de alguns crimes contra os costumes, em que o objeto da tutela pudesse ter efetiva proteção em outros ordenamentos;

c) a previsão da ação penal de iniciativa privada, ou pública condicionada para todos os crimes contra o patrimônio, nos quais inocorra violência real;

d) não cominação da pena privativa de liberdade mínima superior a três anos, exceção feita aos denominados crimes hediondos e ao homicídio;

e) aumento do requisito temporal do *sursis* para alcançar penas privativas de liberdade fixadas em três anos; ainda independentemente da natureza do crime e da quantidade da pena cominada, o direito ao *sursis* deveria ser concedido ao agente primário, de bons antecedentes, sempre que o juiz entender que a resposta penal é desconforme à gravidade do fato e mais lesiva ao interesse social que a sua não imposição;

f) o aumento das hipóteses de perdão judicial;

g) ampliar o âmbito de incidência do art. 180 da LEP (Lei 7.210/84), de modo a possibilitar a conversão da pena privativa de liberdade, não superior a 6 (seis) anos, em restritiva de direito, desde que o condenado tenha cumprido pelo menos ¼ (um quarto) da pena e os seus antecedentes, a sua personalidade e os motivos crimino-impelentes indiquem ser a conversão justa e recomendável.

Referências bibliográficas

——. *Anais da conferência sobre alternativas à pena de prisão.* Org. por Julita Lengruber. Rio de Janeiro, 1966, v. 2.

BETTIOL, Giuseppe. Aspetti politici del diritto penale contemporaneo. *In: Scritti giuridici,* Padova: Cedam,1966, v. 2.

CHRISTIE, Nils. Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno. *In: Abolicionismo penal.* Trad. Mariano A. Ciafardini e Mirta L. Bondanza. Buenos Aires: Ediar,1989.

DE LEO, Gaetano. *Psicosociologia della criminalità e della devianza.* Roma: Bulzoni, 1987, v. 2.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione.* 2. ed., Bari: Laterza, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal;* parte geral. 15. ed. rev. e at. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos.* 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira. São Paulo: Perspectiva, 1974.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde y Luís Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HULSMAN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana;* hacia una alternativa. Trad. Sergio Politoff. Barcelona : Ariel, 1984.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 2.

LYRA, Roberto. A prisão como fator criminógeno. *In: Revista de identificação e ciências conexas,* v. 12.

MARTINEZ, Martinez. *La abolición del sistema penal.* Bogotá: Temis, 1990.

MATHIESEN, Thomas. La politica del abolicionismo. *In: Abolicionismo penal.* Trad. Mariano A. Ciafardini e Mirta L. Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

2. DOUTRINA NACIONAL

ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL*

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Cesta básica: abolição do pricípio da reserva legal (?!). 1.1. Legitimidade da "cesta básica" como condição judicial da suspensão do processo. 2. Justa causa, abuso de poder e arquivamento do Termo Circunstanciado. 3. Presunção de inocência e constitucionalidade da transaçao penal. 4. Autoridade policial competente. 4.1. Polícia judiciária onde não há polícia civil. 5. Conteúdo do termo circunstanciado.

1. Cesta básica: abolição do princípio da reserva legal (?!)

A implantação dos Juizados Especiais Criminais, particularmente, a previsão dos seus novos institutos, tais como, *composição cível, transação penal e suspensão do processo*, parece que liberou completamente a *imaginação* de alguns operadores do direito que, de um modo geral, lançaram-se em uma corrida interminável, onde vencerá quem *ousar* mais. Como a criatividade humana, a fantasia e a imaginação, não conhecem limites, correm o risco de envolverem-se em uma moderna *Torre de Babel.* Com efeito, é preciso ter cautela, para não iniciarem uma viagem sem retorno, ao ignorarem os princípios *fundamentais de garantias* do Direito Penal, tão caros à História da Humanidade, que somente conseguiram solidificar-se a partir da Revolução Francesa.

O *princípio da reserva legal,* por exemplo, não admite exceções, sendo um *imperativo categórico* sob o qual deve estruturar-se todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Com efeito, o velho adágio latino, cunhado por Feuerbach, *nullum crimen nulla poena sine lege*, continua mais atual do que nunca, quer para *tipificação de crimes,* quer para a *cominação de penas.* O deslumbramento com as *penas alternativas*, utilizadas com grande sucesso na Europa, há algumas décadas, conforme demonstramos em nossa Tese de Doutorado[1], não autoriza a cada aplicador da lei, escolher aquela *alternativa* (pena) que lhe pareça mais eficaz, mais "comunitária", de *caráter social* mais relevante, menos dessocializadora, etc. Na verdade, as *penas alternativas* à privativa de liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro, até agora, são: limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e multa. A aplicação de qualquer outra pena, por *mais interessante* ou *simpática* que possa parecer, padece dos vícios de *ilegalidade* e de *inconstitucionalidade* (art.5.°,

(*) Texto correspondente a um novo capítulo incluído na 3.ª Edição de nosso livro "Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão".

(1) Cezar Roberto Bitencourt. *Falência da Pena de Prisão,* São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 265 *et seq.*

XXXIX, CF), além de representar um autêntico *abuso de poder.*

O entusiasmo com que se tem divulgado a aplicação aqui e acolá da indigitada "Cesta básica", como *pena alternativa*, tem cegado um grande segmento de aplicadores do direito que, provavelmente, não se deram conta da ilegitimidade de tal modalidade de "pena". Hoje, se viola o princípio secular da reserva legal por um motivo nobre, amanhã, talvez, por um motivo nem tão nobre, depois...bem, depois, quem sabe, pode-se começar a defender que o *princípio da reserva legal* não é absoluto, que os fins justificam os meios, etc. etc. etc. Por isso, nos incluímos naqueles que foram rotulados de "reacionários do Direito Penal"[2], e não admitimos a dita *pena da "cesta básica"*, simplesmente pela ausência de contemplação legal. A competência exclusiva da União para legislar em matéria penal impede, por sua vez, que legislações estaduais "criem" referida "pena".

Pelas mesmas razões, que acabamos de expor, não se pode admitir, como tem ocorrido em algumas comarcas, na *transação penal*, a imposição de *outras espécies de penas* não previstas em lei. Conhecemos exemplos concretos, como, por exemplo, na comarca de Guaíba, onde um empresário, interceptado em excesso de velocidade, na audiência preliminar, recebeu, como sanção, a obrigação de freqüentar, por alguns dias, um *curso de aprendizagem de direção,* por infração ao art. 34 da Lei das Contravenções Penais. Isso é uma violência abominável ao *princípio da reserva legal*, que não pode receber a chancela de nossos pretórios. No entanto, como referiremos no próximo item, essa providência poderá, eventualmente, ser aplicada como condição judicial da suspensão do processo. Tudo nos seus devidos termos.

1.1. Legitimidade da "cesta básica" como condição judicial da suspensão do processo

As *condições*, sob as quais se pode conceder a *suspensão condicional do processo*, não sofrem a mesma limitação da sanções penais, na medida em que não são penas. Essa circunstância permite que o texto legal preveja a possibilidade de *condições legais* – expressamente definidas na lei – e *condições judiciais* – que podem ser estabelecidas pelo juiz, "desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado" (art. 89, § 2.º).

Pois bem, a festejada "cesta básica", que parece ser um verdadeiro *ovo de Colombo*, pode, em tese, ser estabelecida, como *condição judicial* da suspensão condicional do processo. Mas, mesmo aqui, como condição da suspensão do processo, é preciso ter cautela para não se deixar levar pelo entusiasmo e imaginar-se que se descobriu uma solução mágica para resolver a questão da pobreza no Brasil. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista, o enunciado legal, o qual exige que *as condições sejam adequadas ao fato* e, especialmente, "à situação pessoal do acusado". Aqueles denunciados, por exemplo, que enfrentarem visíveis dificuldades financeiras, para satisfazerem tal condição, com prejuízo para o seu sustento e o de sua família, à evidência, não podem receber esse tipo de condição. Aliás, aqui se deve aplicar, por analogia, a previsão do Código Penal, quando disciplina o desconto da pena de multa nos vencimentos ou salários do condenado, que determina: "*O desconto não deve incidir sobre os re-*

(2) José Carlos de Oliveira Robaldo. *Juizado Especial Criminal como forma despenalizadora do Direito Penal. Penas Alternativas: cestas básicas – Experiência Pioneira*, Boletim do IBCCrim n. 51, p.10.

cursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2.°, do CP). Em segundo lugar, não se pode querer transformar o Direito Penal em panacea de todos os males, querendo resolver todos os problemas sociais, típicos de um país em desenvolvimento, fazendo o que os governantes, com todo o orçamento público, não fazem. Esse excesso, além de caracterizar uma autêntica arbitrariedade, olvida que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, e que somente deve intervir quando os demais meios de controle social falharem.

Enfim, a *criatividade* pode ser exercitada no estabelecimento das condições judiciais, tanto do sursis quanto da *suspensão do processo*, mas jamais na aplicação de penas não previstas em lei.

2. Justa causa, abuso de poder e arquivamento do Termo Circunstanciado

Talvez a pequena *vacatio legis* – 60 dias – seja uma das causas responsáveis pela grande desarmonia que reina no país em torno da interpretação e aplicação dos novos institutos acolhidos pela Lei 9.099/95, sem se falar na, indispensável, mas ainda não implementada, criação dos Juizados Especiais, através de lei, em muitos Estados da Federação.

Destacamos, desde a primeira edição deste livro, a importância *político-criminal* de coibir as pequenas infrações, capaz de despertar *uma nova cultura* no brasileiro que aprende, desde logo, a respeitar todo e qualquer direito alheio, por mais *insignificante* que possa parecer. Essa *política*, aparentemente desinteressante, tem a função de combater o *pequeno infrator*, que aliás, é como começam todos os criminosos, posto que, como em todas as *carreiras*, ninguém nasce "um *grande delinqüente*". Os piores criminosos, de um modo geral, somente atingem esse estágio pela nossa contribuição, pela contribuição de todos os operadores do direito, Judiciário, Ministério Público, Universidades, professores, doutrinadores e da própria sociedade que, com posturas equivocadas, sempre buscaram argumentos os mais variados para não punir as pequenas infrações. Na verdade, não se percebia que, assim, estaríamos estimulando, no futuro, o surgimento de um grande delinqüente, incentivado pela impunidade.

No entanto, essa nova política criminal não autoriza arbitrariedades; não dispensa a análise preliminar da existência de justa causa, não admite responsabilidade objetiva. Mas, lamentavelmente, o quotidiano forense está apresentando uma praxis odiosa: o Ministério Público recebe o "Termo Circunstanciado", de regra, mal elaborado, na medida em que não fornece os subsídios mínimos necessários para formar a opinio delicti; nessas circunstâncias, tem sido comum ver o Ministério Público insistir na transação penal, no início da ação penal, na punição daquele que aparece como sendo o "autor do fato", configurando, muitas vezes, uma autêntica responsabilidade objetiva. Quem garante que aquele que aparece como autor do fato não é a verdadeira vítima, que apenas não se interessou em comunicar a ocorrência à polícia? Quem garante que a suposta vítima, não é o verdadeiro autor do fato que, vivamente, adiantou-se apresentando-se como se fosse o ofendido? Ademais, é preciso ter presente que o próprio autor do fato pode ser *inocente*, quer pela presença de excludentes de criminalidade quer pela presença de eximentes de culpalidade. Contudo, embora graves, são compreensíveis, num período experimental, algumas dessas dificuldades operacionais-interpretativas que, com o tempo, certamente, serão superadas.

Na realidade, deve-se considerar que a *simplificação do procedimento* não afastou a necessidade dos requisitos

exigidos pelo art. 41, ainda que informalmente, e, principalmente, a análise do que preceitua o art. 43, ambos do CPP. À evidência, antes de "*propor a transação penal*" – que já faz parte da ação penal – é indispensável o exame da presença dos requisitos do art. 43 supra referido. A ausência de qualquer dos requisitos enunciados neste dispositivo, caracteriza *falta de justa causa* que impede não só o oferecimento da denúncia, mas também a *transação penal*. Nessa hipótese, deve o Ministério Público pedir o *arquivamento* do "Termo Circunstanciado", como deixa implícito o art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95. Não concordando o juiz, com o pedido de arquivamento, deve-se proceder nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, com encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Evidentemente que a análise da existência de *justa causa* passa pelo exame do *Termo Circunstanciado*, cujo conteúdo necessário examinamos em outro tópico.

A possibilidade de *arquivamento* recebe referência expressa no art. 76 da lei em exame. Aliás, referido dipositivo só admite a proposta, pelo Ministério Público, de penas alternativas à prisão, "não sendo caso de arquivamento". Essa locução deixa muito claro que, antes de propor a transação penal, Ministério Público e Judiciário devem examinar se estão presentes as condições da ação penal (art. 43), isto é, em outros termos, se há *justa causa* para a ação penal.

Comungamos do entendimento de Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior que, ao analisar a necessidade de exame da *justa causa*, para a denúncia, sustentou: "O papel primordial do juiz, no estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais para a suspensão do processo, para declarar se o MP pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não (...) A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afirmar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disso decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação. Ora, há necessidade de analisar *o fato com todas as suas circunstâncias* para qualquer decisão"[3].

A importância da *definição jurídica do fato*, também denominada de classificação da infração, que já era fundamental, assume transcendental importância diante da Lei 9.099/95. Pois dessa definição inicial decorrerão inúmeras consequências imediatas, dentre as quais, se pode destacar as seguintes: definição da competência, se dos Juizados Especiais Criminais ou da Justiça "comum" (art.61), admissibilidade de *transação* (76), viabilidade de *suspensão do processo* (art.89), prescrição, decadência, etc. Diante dessa nova realidade, aquela orientação jurisprudencial, segundo a qual, no momento inicial do processo o juiz não pode alterar ou corrigir a classificação da infração penal, devendo aguardar a oportunidade para aplicar o disposto no art. 384 do CPP, não pode ter aplicação irrestrita, a partir da vigência da atual política criminal consensual. Ninguém ignora que ao *receber* a peça inicial da ação penal – denúncia ou queixa – o magistrado faz uma *análise preliminar de mérito* – pelo menos, sobre a admissibilidade e sobre os limites da acusação – que é o fundamento de sua decisão de acatar ou não o início da ação penal (art.s 41 e 43 do CPP), sem, contudo, constituir pré-julgamento. E

(3) Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior. Boletim do IBCCrim n. 45, p.12.

nessa análise, exatamente, se deve verificar a presença, ou ausência, de *justa causa*. Por outro lado, a extensão da *justa causa* não se limita ao exame de eventuais *qualificadoras* ou *causas de aumento* incluídas na exordial, mas estende-se também e, principalmente, à própria definição do fato jurídico, isto é, na classificação mesma da infração penal, atribuída pelo titular da ação penal, seja pública ou privada. A omissão dessa análise pode implicar em *constrangimento ilegal*, passível de *habeas corpus*, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Por outro lado, também é assente na doutrina e na jurisprudência que, no momento de elaboração da denúncia, é dado ao Ministério Público, na dúvida, optar pela figura mais grave, na medida em que, sustenta-se, nesta fase pré-processual, a dúvida é *pro societatis*. Aliás, as próprias dificuldades processuais e procedimentais justificam a filosofia ministerial de postular o *mais* para conseguir o *menos*. Com efeito, em sentido semelhante, manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo *habeas corpus*, por unanimidade, nos seguintes termos: "Se é justificável que o órgão acusatório opte pela figura mais grave na dúvida quanto à destinação da substância entorpecente apreendida com o acusado (se para uso próprio ou para tráfico), no concernente à situação em que aquele deve responder ao processo (se em liberdade ou preso), entretanto, a dúvida favorece o réu, sem que tal signifique exame prévio do mérito da acusação"[4].

Enfim, como se percebe, o exame preliminar da existência de justa causa, é indispensável para que o Estado tenha legitimidade para sujeitar alguém a um processo criminal, quer no juizado especial quer no juizado comum. De todos os institutos trazidos pela Lei 9.099/95, o único que dispensa o exame de justa causa, para sua aplicação na audiência preliminar, é a *composição cível*, por que os danos, com ou sem responsabilidade penal, com ou sem responsabilidade objetiva, podem ser *compostos*, seja na esfera privada, seja, hoje, na esfera criminal.

3. Presunção de inocência e constitucionalidade da transaçao penal

Para se evitar conclusões equivocadas sobre a *política criminal consensual* adotada pela Lei 9.099/95, deve-se realizar uma avaliação sistemática, global, evitando-se interpretações literais, isoladas, casuísticas, de um ou outro dispositivo, de um ou outro instituto ou efeito secundário ou colateral. Recomenda-se que se abandone os preconceitos e pruridos adquiridos através das décadas com o uso do velho Código de Processo Penal. Não se trata apenas de uma nova terminologia, mas ao contrário, com o Juizado Especial mudou toda a sistemática, exigindo-se uma releitura, somente nos limites da competência do Juizado, dos conceitos de *devido processo legal, presunção de inocência, ampla defesa, culpa, sanção penal* etc.

A lei 9.099/95 não está *presumindo* culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, posto que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a presunção de inocência. Este diploma legal está, apenas, cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se do processo tradicional, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar uma eventual condenação com suas conseqüências naturais. A *transação* penal decorre da *autonomia de*

(4) HC 63.008-3 – Câmara de Férias – Rel. Dínio Garcia, j. 21.1.88, RT, 627/309.

vontade, e é produto do exercício da ampla defesa que, estrategicamente, pode preferir transigir ao invés de assumir o risco e o desgaste de um processo alongado, com resultado imprevisível após a instrução probatória. A aquiescência do autor do fato, livre e assistida por seu defensor, na solenidade da audiência (devido processo legal), é suficiente para destruir a *presunção de inocência*. Com efeito, a *transação penal* e a *suspensão do processo* representam somente novos paradigmas na busca da *solução dialética* de parte dos conflitos sociais, através do consenso, assegurando-se sempre a primariedade do autor do fato, sem aplicar-lhe uma condenação. Ademais, a Constituição Federal, além de instituir a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, delegou à lei ordinária a missão de prever as hipóteses em que sua aplicação seria possível (art. 98, I, CF).

Aquele que entender que é *inocente* e pretender demonstrá-la, através da instrução criminal, não aceitará a transação penal, e disporá da próxima audiência – de instrução e julgamento – onde as partes produzirão todas as provas. Convém destacar, que o autor do fato somente poderá fazer *transação*, na solenidade da audiência, e se estiver acompanhado de seu advogado. Havendo discordância entre ambos, tal fato deve ser registrado em ata, para assegurar eventual direito.

4. Autoridade policial competente

A análise da expressão *autoridade policial* – utilizada no art. 69 desta lei – não pode ser procedida isoladamente, fora do contexto jurídico-nacional, na medida em que, pela relevância de seu significado, a própria *Constituição Federal*, além do Código de Processo Penal, preocupou-se em definir as atribuições policiais em dois campos distintos: *preventivo* e *repressivo*. A *atividade repressiva* – compreendida aí as funções de *polícia judiciária* e *investigatória* – atribuiu-a à polícia civil. Enquanto que, a *atividade preventiva* – compreendido aí o *policiamento ostensivo* e a *preservação da ordem pública* – atribuiu-a à polícia militar. Aliás, nesse sentido, a Constituição Federal ao definir a *segurança pública*, no art. 144, tomou a cautela de elencar os órgãos responsáveis por ela, além de disciplinar as atrtibuições de cada órgão. O constituinte brasileiro agiu com extremo zelo na regulação dessa matéria, tendo o cuidado de definir as atribuições dos respectivos órgão em parágrafos distintos, nos seguintes termos:

"Art.144. (...).

4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

5.º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil".

Algumas constituições estaduais procuraram explicitar essas atribuições, sem, contudo, alterar-lhes a essência, como, por exemplo, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que definiu da seguinte forma:

O art. 4.º do Código de Processo Penal, por sua vez, exatamente para adaptar-se aos mandamentos constitucionais, recebeu nova redação, determinada pela Lei 9.043/95, passando a estabelecer o seguinte:

"A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

Ora, o texto constitucional (art.144, § 4.º e 5.º) é de uma clareza meridiana, não demandando nenhum esforço interpretativo. A *polícia militar* deve empenhar-se na execução de sua atividade constitucionalmente definida – a prevenção – através de *policiamento ostensivo*, visando *preservar a ordem pública*.

O prinícpio da hierarquia das leis, no nosso ordenamento jurídico, impede que normas infra-constitucionais – sejam de âmbito federal, estadual ou municipal – disciplinem de forma diversa qualquer matéria constante do bojo da Constituição. Quando for o caso, ao disciplinarem matérias reguladas pela constituição, devem fazê-lo, nos limites da constituição, sem contrariá-la, sob pena de revestirem-se de inconstitucionalidade. Pois é sob essa ótica que se deve analisar a expressão "autoridade policial" utilizada no art. 69 da Lei 90.99/95. Nesses termos, é indiferente o *sentido*, *alcance* ou *definição* que o legislador ordinário tenha pretendido dar-lhe, posto que não tem competência nem legitimidade para alterar as atribuições das polícias civis e militares definidas no texto constitucional. Aliás, a *legislação processual comum*, no seu conjunto, refere-se somente a duas autoridades: a *autoridade policial*, que é o Delegado de Polícia, e a *autoridade judiciária*, que é o magistrado. Somente o Delegado de Polícia pode dispensar a autuação em flagrante delito, quado tal providência for recomendável, ou determinar sua autuação, quando o autor da *infração penal de menor potencial ofensivo*, não se comprometer a comparecer ao Juizado Especial Criminal, arbitrando fiança, quando cabível. Somente esta autoridade pode determinar a realização de diligências, necessárias à instauração da ação penal, quando tais provas, por exemplo, não tiverem sido colhidas no momento do fato. Logo, da mesma forma, somente o Delegado de Polícia pode determinar a lavratura do *Termo Circunstanciado*, referido no art. 69. Ademais, não se pode ignorar, a Constituição Federal somente exclui das atribuições da polícia civil a investigação das infrações da competência da Justiça Federal, atribuindo-as à Polícia Federal, e as infrações militares, praticadas por agentes militares.

Em socorro a nossa tese, trazemos o magistério de Vicente Greco Filho, que a pós concluir que a lavratura do *Termo Circunstanciado* é privativo da polícia civil, graficamente, afirma: "E vejo também aí não um problema prático mas também um problema jurídico, que é constitucional: a polícia judiciária é privativa da autoridade policial civil e me parece que esse termo circunstanciado não é um inquérito policial, mas já é um ato de polícia judiciária no sentido de encaminhar para o juízo aplicar uma pena criminal, porque não se pode esquecer que se trata de uma pena no âmbito criminal"[5].

Qualquer atividade *investigatório-criminal*, seja ou não "discreta", PM2, etc., realizada por policiais militares, reveste-se de inconstitucionalidade, podendo, inclusive, constituir *crime de abuso de autoridade* (Lei 4898/65). Nesses casos, deverão responder penalmente, como *autores mediatos*, as autoridades responsáveis pelo comando. E ainda, em casos excepcionais, os próprios agentes policiais poderão responder criminalmente por crime de *usurpação de função pública*. Ademais, a "*insegurança*" e a *falta de policiamento ostensivo*, em todas as grandes cidades do país, estão a exigir mais empenho das corporações militares e, particularmente, vontade política dos governantes para dotarem referidas corporações dos meios materiais e humanos indispensáveis para bem exercerem sua missão constitucional.

(5) Vicente Greco Filho. *Os novos juizados especiais criminais* (livro coletivo), São Paulo: Ed. WVC, 1996, p.111.

Por outro lado, o injustificável deslocamento de agentes policiais militares para realizarem atividades policiais, que a constituição não lhes atribui, além de invadirem a atribuição das "polícias civis", como define a constituição, abre um *claro* na corporação militar que, tradicionalmente, já tem efetivo inferior à sua necessidade. A prática censurável, de algumas corporações militares, criando – com remanejamento de policiais – uma espécie de "cartório" ou "centrais de registro de ocorrências", para expedir o *Termo Circunstanciado*, o popular "TC", precisa ser urgentemente revista e coibida. Todo esse efetivo *remanejado* pode e deve ser utilizado nas suas verdadeiras funções constitucionais para, quem sabe, minimizar a violência que está nas ruas, cuja maior causa, inegavelmente, é a falta de *policiamento ostensivo*. Com efeito, não adianta adotar uma *política criminal do terror*, como se tem feito, especialmente nesta década de noventa, criminalizando condutas, exasperando penas, endurecendo regimes ou suprimindo a sua progressão, se os marginais circularem e assaltarem, livremente, sem risco de serem interceptados pelo policiamento ostensivo.

Na verdade, o policiamento ostensivo tem sido o meio mais eficaz na diminuição da criminalidade violenta nas grandes cidades, como ocorreu em Nova Iorque, onde todo os quarteirões receberam a presença ostensiva da polícia. Primeiro, identificou-se as áreas de maior risco, e a seguir o contingente policial foi usado de maneira mais eficiente, e os resultados positivos não se fizeram esperar. É essa *eficiência* que dignificará ainda mais as corporações militares, conquistando e solidificando o respeito da comunidade, sendo diligente e eficiente no desempenho de suas funções constitucionais, e não "travando uma guerra" com outras corporações na tentativa de usurpar atribuições que não lhes são próprias.

Finalmente, não bastasse o argumento jurídico-constitucional, para efeitos de reflexão da matéria, convém lembrar um aspecto político-pragmático. Na esfera policial, a realidade diária apresenta os mais variados fatos que demandam, de imediato, avaliações e valorações e, conseqüentemente, decisões sobre as medidas a adotar. Conhecendo-se a formação intelectual que, em geral, as corporações policiais militares exigem para aqueles que desejam incorporar-se às suas fileiras, especialmente para o patrulheiro, o homem de frente, enfim, para o conhecido *soldado PM*, impõe-se alguns questionamentos, como, por exemplo:

a) quais são as condições de um soldado PM – patrulheiro – para dar a definição jurídica de uma infração penal que lhe é apresentada, fazer a classificação legal, verificar a sanção correspondente, etc.?

b) teria as condições necessárias para, de plano, constatar se se trata de infração de *rito comum* ou *especial*, se é da competência do *Juizado Comum* ou do *Juizado Criminal Especial*, isto é, se se trata de *infração de menor potencial ofensivo, ou não*?

c) estaria preparado para fazer a requisição, de próprio punho, dos *exames necessários* (art. 69), formulando, inclusive, quesitos a serem respondidos pelos peritos?

d) teria o soldado PM condições de examinar a eventual existência de crimes conexos, modificadores da competência? Ou simplesmente de constatar se é caso de crime doloso ou culposo, lesões corporais ou tentativa de homicídio?

e) estaria em codições de avaliar se é caso de prisão em flagrante ou de sua dispensa, em razão desta *nova política criminal*?

Pois todas essas questões, exemplificativamente enunciadas, além de muitas outras, que o quotidiano policial pode

oferecer, influirão na competência de juízo e, à evidência, dependendo da *competência*, restarão alteradas as providências policiais preliminares a serem adotadas. Consequentemente, o Termo Circunstanciado e o encaminhamento direto ao Juizado Especial não podem ser realizados pela polícia militar.

4.1. Polícia judiciária onde não há polícia civil

Não se pode ignorar que em determinados Estados da Federação a *polícia judiciária* é exercida por integrantes de corporações militares, ante a inexistência da Instituição Polícia Civil. Em muitas cidades do interior, *a função de Delegado de Polícia é exercida por integrantes da polícia militar*, seja cabo, sargento ou oficial. Nessa hipótese, porém, se deve destacar que esse policial está investido nas funções de Delegado de Polícia, cuja atribuição é exercer a *polícia judiciária*. Essa *anormalidade excepcional* – inexistência de autoridade policial civil – que autoriza a investidura de um policial militar no exercício da função de um Delegado de Polícia, justifica, igualmente, que realize todas as atividades de polícia judiciária, inclusive, claro, aquelas próprias reguladas pela Lei 9.099/95.

Por outro lado, as *polícias rodoviárias* – federal e estadual – cuja função constitucional é exercer o "patrulhamento ostensivo das rodovias", eventualmente poderão deparar-se com infrações penais. Ora, nessas hipóteses, quando se tratar de *infrações de menor potencial ofensivo*, os próprios patrulheiros rodoviários poderão e deverão lavrar o *Termo Circunstanciado*, liberando os motoristas, que assumirem o compromisso de comparecer ao *juizado especial*, quando chamados. Igualmente aqui a justificativa encontra-se na *excepcionalidade* da situação. Constituiria *constrangimento ilegal* a "*retenção*" (que é uma modalidade de prisão, definida de forma eufemística) dos usuários, infratores ou não, à espera da autoridade civil para lavrar o Termo Circusntanciado. Pior ainda, por mais constrangedor, seria a *condução dessas pessoas*, como em alguns casos tem acontecido, à Delegacia mais próxima, para a lavratura do *Termo Circunstanciado*.

Esse paradoxal absurdo, tem ocorrido nas rodovias do Estado do Rio Grande do Sul, por "*Ordem de Serviço*" do Secretário de Segurança Pública (prisão determinada por ordem de serviço), que determina a *condução* dos motoristas – que excederem a velocidade permitida – à delegacia mais próxima que, às vezes, dista dezenas ou até centenas de quilômetros do local do fato. Esse procedimento tem criado situações constrangedoras, às vezes enriquecidas pela violência policial, *retendo* (mantendo preso, entenda-se) cidadãos, por horas e horas, até serem levados a uma "Delegacia mais próxima", contrariando a política criminal consagrada pela Lei 9.099/95, que dseja evitar a prisão, nessas infrações menores. Na verdade, os próprios patrulheiros rodoviários, que registram as infrações de trânsito, podem lavrar o *Termo circunstanciado*, e liberar imediatamente o infrator, que assumir o compromisso de comparecer ao *Juizado Especial*, quando for chamado (art. 69, paragrafo único).

Preocupa-nos as *distorções eufemísticas* que, por vezes, se procura dar à restrição ilegal da liberdade do cidadão, com a utilização de expressões, tais como, *detenção, condução, apresentação*, etc., querendo-se distingui-las de *prisão*, como se somente esta, e não aquelas outras formas de restrição da liberdade, fossem proibidas, nos termos da Constituição Federal (art. 5.°, LXI e LIV). En sentido semelhante, Vicente Greco Filho, inconformado com a determinação legal de *encaminhar imediatamente* ao juizado,

afirmou que: "É aí que me parece que está o grande problema da lei e isso a lei estadual corrige, porque pela lei não tem mais a tal de apresentação imediata, inclusive porque eu acho que essa apresentação imediata é inconstitucional. Por quê? Porque *é prisão* da vítima. E a vítima vai sangrando? Lesão leve é lesão culposa, a vítima vai sangrando? Sabemos muito bem que, hoje, *condução coercitiva* só a autoridade judicial é que pode determinar. Como é que a autoridade policial, ainda que com todo o interesse da solução imediata do caso, vai reter uma pessoa para apresentá-la em juízo, quando ela, autoridade, quiser? Isso para mim é prisão"[6]. E, mais adiante, conclui Greco Filho, com o que estamos de pleno acordo: "a dificuldade maior da lei federal que é esta tal de apresentação imediata que, além de inviável nos centros, no meu entender, é inconstitucional por que apresenta nada mais nada menos do que prisão de vítimas e testemunhas ou prisão do agente que, se não é preso em flagrante, é "preso" até ser levado à presença do magistrado".[7]

Enfim, qualquer restrição à liberdade individual – receba a denominação que receber – tem que obedecer as formalidades constitucionais (art. 5.º, LXI).

5. Conteúdo do termo circunstanciado

A Lei 9.099/95 não eliminou a atividade da polícia judiciária, apenas circunscreveu-a, em limites mais estreitos, quantitativa e qualitativamente. Ao substituir o tradicional inquérito policial pelo "progressista" *Termo Circunstanciado* não dispensou aquela autoridade da obrigação funcional de ser diligente e eficiente na coleta e confecção dos elementos indiciários, que devem subsidiar a propositura de uma futura ação penal. Ao contrário, ao simplificar o *procedimento investigatório-policial* passou a exigir-lhe mais qualidade na elaboração do substitutivo do inquérito policial. A autoridade policial tem que ter consciência que referido *termo* deverá reunir dados suficientes para possibilitar ao titular da ação penal postular a aplicação da lei penal, isto é, tem que configurar a existência de *justa causa* para a proposta de aplicação de penas alternativas à prisão que, em outros termos, não deixa de ser o *início* e, quando aceita, *fim* da ação penal. Com isso queremos dizer que a *ação penal* – ao contrário do sistema antigo – não mais se inicia somente com o oferecimento da denúncia ou queixa, mas também com a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público.

Por tudo isso, o Termo Circunstanciado não pode assemelhar a velha *certidão de ocorrência* de antigamente que, além de uma declaração, de regra, unilateral, era absolutamente insuficiente, por não apresentar o mínimo necessário para o início de uma demanda penal. Será indispensável, no mínimo, a versão dos dois polos envolvidos no conflito social, além do rol de testemunhas, com as as respectivas qualificações e endereços, bem como da requisição dos exames necessários.

Preocuapda com as deficientes ocorrências policiais, que continuaram chegando aos Juizados Especiais Criminais, a Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP – apresentou sugestão da inclusão dos requisitos mínimos do *Termo Circunstanciado*. Foram as seguintes *Conclusões* – "2. Do termo circunstanciado deverá constar: a) a qualificação e endereços completos das partes (residencial e do trabalho, inclusive com telefone); b) data, hora e local dos fatos; c) as versões do autor do fato e da vítima; d) o rol de testemunhas, com

(6) Idem, idem, p.107.

(7) Idem, Idem, p. 108.

qualificação e endereços completos (residencial e do trabalho, inclusive com telefone), bem como a súmula do que tiverem elas presenciado; e) a especificação dos exames periciais que foram requisitados; do croqui, se possível; g) descrição dos objetos (apreendidos ou não) ; h) assinatura das partes envolvidas; i) nos casos de previsão legal, a representação do ofendido (quando possível); j) outros dados relevantes para esclarecimento dos fatos. 3. A folha de antecedentes do acusado deverá acompanhar o termo circunstanciado, quando possível".

Dos requisitos sugeridos pela CONAMP, discordamos frontalmente da sugestão de colhimento da *representação do ofendido*, pela polícia. A Lei 9.099/95, mudou toda essa sistemática, na medida em que prevê a formulação da representação, após a inviabilidade da composição cível (art. 75). Essa orientação justifica-se diante dos efeitos penais que eventual composição cível acarreta na ação pública condicionada à representação: extinção da punibilidade, via renúncia do direito de representar. Nada impede, contudo, que o ofendido, voluntariamente, ofereça, desde logo, a representação, se o desejar. E esta faculdade, diga-se de passagem, somente é admissível para evitar o perecimento do direito, ante a morosidade que os Juizados Especiais já começaram a apresentar, com designação da *audiência preliminar* para dez (10) ou doze (12) meses, além da data do fato. Como o marco inicial do prazo decadencial não mudou, continua o mesmo (art. 103 CP), quando da realização da audiência preliminar, o ofendido já teria decaído do direito de representar.

No entanto, convém destacar que o prazo decadencial é, em tese, de seis meses para exercer o direito de queixa ou de representação (arts. 38 do CPP e 103 do CP), com exceção dos crimes de lesões leves ou culposas ocorridos antes do início da vigência da Lei 9.099/95, cujo prazo será de 30 dias, e vigorará a partir da intimação específica da vítima.

2. DOUTRINA NACIONAL

COMPETÊNCIA PARA JULGAR OS CRIMES RELACIONADOS A ARMA DE FOGO

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Os novos tipos penais – 2. Competência da Justiça Federal à luz da Constituição – 3. A competência da Justiça Federal face à lei – 3.1 Crimes relacionados ao cadastro da arma e respectivo titular – 3.2 Crimes relacionados ao porte da arma – 4. Conclusão.

1. Os novos tipos penais

A Lei 9.437/97, proclama que "estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências", e, em seu art. 10, incrimina diversas condutas relacionadas a arma de fogo"[1].

Assim, derrogado encontra-se o art. 19 da Lei das Contravenções Penais, que dispunha sobre a mesma matéria criminal.[2]

A nova lei, a par de elevar a contravenção de *porte de arma de fogo sem licença da autoridade* à categoria de crime (com o conseqüente agravamento da pena), sancionou penalmente outras condutas.

Os tipos-base agora são:

Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Já os §§ 1.°, 2.°, 3.° e 4.° do art. 10 dizem:

§ 1.°. Nas mesmas penas incorre quem:

I – omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor;

II – utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

(1) No art. 20, a lei excetuou da regra geral de vigência imediata o seu art. 10, que contém os tipos penais-base, este "entra em vigor após o transcurso do prazo de que trata o art. 5", que é de seis meses. Assim, na verdade, apenas a partir de 20/8/97 os previstos na nova lei são passíveis de punição.

(2) O art. 10 da LCP refere-se a *arma*; já a lei em comentário refere-se a conceito mais restrito: *arma de fogo*. Portanto, o artigo 19 da LCP foi apenas derrogado, pois nele persiste o tipo da contravenção penal de *porte de arma branca, sem licença da autoridade* (cf. Damásio E. de Jesus, *in* "Revista da Associação do Ministério Público do Estado de São Paulo", ano I, n.° 5, abril/97, pág. 19).

III – disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave.

§ 2.°. A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessório forem de uso proibido ou restrito.

§ 3.°. Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito;

III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização;

IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente.[3]

§ 4.°. A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público.

Para efeito de verificar-se a competência para o julgamento desses crimes, suponho ser relevante, inicialmente, constatar que se está diante de duas subespécies da espécie *arma de fogo* (*arma* seria o gênero), segundo a "natureza jurídica da arma de fogo", ou do elemento normativo do tipo:

a) arma de fogo de uso permitido, em princípio, irrestritamente (*caput* e § 1.° do art. 10, bem assim os incs. I e III do § 3.°);

b) arma de fogo de uso proibido ou restrito (§ 2.° e inc. II do § 3.°).

E, sob o aspecto da relação do agente para com a arma, os crimes também se dividem em dois tipos:

a) aquele consistente no porte da arma de fogo;

b) aqueles relacionados à fabricação, circulação e registro da arma de fogo.

Essa classificação é importante para fins de definição de competência jurisdicional, tendo em vista que a lei confere poder de polícia relacionado à arma de fogo a entes políticos diversos (União e estados), e, conseqüentemente, pressupõe os respectivos *serviços* executores desse poder.

2. Competência da Justiça Federal à luz da Constituição

Pretende-se, aqui, demonstrar que, com as novas responsabilidades assumidas pela União no tocante à segurança pública, no que diz respeito ao objeto arma de fogo, muitos daqueles crimes estão sujeitos à competência da Justiça Federal.

Assim, a análise deve começar pelo inciso IV do art. 109 da Constituição da República, que outorga à Justiça Federal competência para processar e julgar "(...) as infrações penais praticadas em detrimento de bens, *serviços* ou *interesse* da União (...), excluídas as contravenções penais (...)".

Conforme já anotado, uma das principais inovações da lei foi elevar à natu-

(3) Literalmente, o inc. IV diz que está sujeito à pena de reclusão de dois a quatro anos e multa quem "*possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins*". Como ninguém pode ser punido porque possui condenação (!), conclui-se que o legislador quis dizer que os crimes previstos no *caput* e no § 1.° do art. 10 terão a pena agravada caso o agente já tenha sofrido condenação por esses outros crimes. Daí porque, corretamente, esse dispositivo deveria estar no § 2.° (e não no 3.°).

reza de crime a outrora denominada "contravenção de porte ilegal de arma de fogo". Portanto, agora, nenhuma daquelas infrações penais relacionadas à arma de fogo é abrangida pela exceção contida na última parte do dispositivo constitucional. O que se deve perqüirir é sobre eventual prejuízo a serviços ou interesse da União decorrente da conduta criminosa.

Nesta linha de raciocínio, há de se firmar um ponto de referencial seguro: "bens, serviços ou interesse da União" não podem ser definidos segundo critério fático (e muito menos a partir de simples manifestação do ente público), nem mesmo autonomamente pela lei; mas devem fincar base na Carta Política, que elenca os bens (art. 20) e os serviços (art. 21) exclusivos da União, e os serviços de competência comum da União e dos demais entes políticos da federação (art. 23).

Os arts. 20 e 21 indicam, pois, de forma expressa, quais são os bens e os serviços afetos à União. A lesão destes, por ato tipificado como crime, sujeita o infrator à competência da Justiça Federal. A dificuldade que se pode ter diz respeito ao interesse da União. Desde já adianto meu entendimento (que será melhor exposto à frente) no sentido de que o interesse da União há de ser procurado, principalmente, naqueles serviços sobre os quais ela detém competência comum com os demais entes políticos.

Assim, inicialmente, verifica-se que são pertinentes à questão enfocada (arma de fogo) os incs. III, VI e XIV do art. 21, que, respectivamente, estabelecem ser competência da União:

a) assegurar a defesa nacional;

b) autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;[4] e

c) organizar e manter a polícia federal (...).

Voltando àquela classificação proposta para as armas de fogo, numa primeira análise, constata-se que os crimes que têm por objeto arma de fogo de uso proibido ou restrito dizem respeito a interesses da União, no tocante às suas três *competências operantes*[5] acima referidas.

Deve-se, no entanto, verificar mais de perto a natureza e extensão desses interesses, já que, conforme entendimento assentado na jurisprudência, um interesse genérico não tem força para deslocar a competência para a Justiça Federal.

a) Iniciemos pelo primeiro: *assegurar a defesa nacional.* A afetação dessa competência operante, *mediante a utilização de arma de fogo de uso proibido,* tipificaria o crime previsto no art. 12, c/ c o seu par. único, da Lei 7.170/93 (que "*Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social*").[6] Porém, conforme entendimento jurisprudencial que continua válido face a nova lei, essa afetação apenas ocorrerá caso se verifiquem os elementos contidos nos arts. 1.º e 2.º da lei.[7] Assim, presentes os

(4) O conceito de material bélico é esboçado pela Lei 9.112/95, art. 1.º, inc. I: "consideram-se bens de aplicação bélica os que a legislação defina como de uso privativo das Forças Armadas ou que sejam de utilização característica dessas instituições, incluídos seus componentes, sobressalentes, acessórios e suprimentos".

(5) Em contraposição à competência legiferante (art. 22). À *competência operante* deve corresponder um *serviço.*

(6) fabricar, vender, transportar, receber, ocultar, manter em depósito ou distribuir armamento ou material militar privativo das Forças Armadas, sem autorização legal.

(7) Dizem, respectivamente, os arts. 1.º e 2.º: "Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I- a integridade territorial e a soberania nacional; I- o regime representativo e democrático, a

elementos contidos nos arts. 1.º e 2.º, não se está diante de um crime comum, mas de um crime político (contra a segurança nacional); e, portanto, a competência da Justiça Federal para julgá-lo funda-se na natureza mesma do crime, e não no simples fato de que, genericamente, compete à União, através do Ministério do Exército, fiscalizar a produção e a circulação dessas armas.

b) Já a competência para *autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico* difere daqueloutra (*assegurar a defesa nacional*) não só porque o Texto Constitucional a prevê distintamente, mas também pelo fato de que, enquanto aquela é impregnada pelo elemento político, esta é de cunho mais ostensivamente administrativo. É certo que, ao reservar à União a competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico, o constituinte teve em mira também a segurança nacional, mas isto de forma mediata e não exclusiva. Protege-se aqui, além da *segurança nacional*, a *segurança pública*, cuja responsabilidade é compartilhada pela União e demais entes políticos, enfeixado no conceito de Estado (art. 144[8]).

De qualquer forma, o que se deve procurar aqui não é uma lesão a um bem último, mediato (segurança nacional), mas essa lesão incide diretamente sobre o *serviço da União*, especificamente organizado, e destinado ao desempenho daquela competência. E a nova lei vem, exatamente, criar esse serviço, ficando, assim, superado o entendimento no sentido de que o porte ou comércio de arma de fogo privativa do Exército (ou de uso proibido) diz respeito a um interesse genérico da União, salvo quando afeta a segurança nacional. Agora, há lesão a um serviço específico da União[9].

c) Por fim, o crime em discussão ainda diz respeito à competência da União consistente em *organizar e manter a polícia federal*. Aliás, este é exatamente o ponto onde incide o ato lesivo ao *serviço* da União, conforme já visto no

Federação e o Estado de Direito; III- a pessoa dos chefes dos Poderes da União." – "Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I – a motivação e os objetivos do agente: II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

(8) Transcreva-se-o: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares . (...)". Anote-se que, não obstante o conceito de Estado englobar também o ente político Município, sendo, portanto, dever deste também zelar pela segurança pública, o constituinte não o dotou de *órgão* para tal, contrariamente do que acontece com os estados e a União.

(9) Prosseguindo, diz o § 1.º do art. 144 da CF: "§ 1.º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destinar-se a: I-apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, *assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;* – grifei. (*omissis*). Assim, com supedâneo na constituição, a Lei 9.437/97 não apenas criou um *serviço*, junto ao órgão *polícia federal*, para desincumbir de seu dever para com a segurança pública (controlando e fiscalizando a produção, o comércio e o uso de arma de fogo), mas também, através do mesmo *serviço*, estará reprimindo as infrações penais relacionadas a arma de fogo, de âmbito interestadual.

item supra e melhor será observado na análise do texto da lei.

Numa primeira análise, os crimes que têm por objeto arma de fogo de uso permitido (quer digam respeito à posse e ao porte, quer se refiram à fabricação, circulação e registro) estariam sujeitos à competência da Justiça Estadual, pois, na competência residual dos estados, também em princípio, está a de cuidar da *segurança pública*[10] (enquanto que à União compete assegurar a *segurança nacional).* Por outro lado, aqueles que dizem respeito a arma de fogo de uso proibido afetam o interesse da União, e, portanto, em princípio, sujeitam-se à competência da justiça federal.

No entanto, a segurança pública, conforme já anotado, mereceu capítulo específico na Lei Maior. Vem ela prevista no art. 144, como "dever do Estado", que a exercerá através de vários órgãos federais e estaduais, dentre os quais figura a polícia federal.

Mas ainda há que se prosseguir. É que, em sua obsessão detalhista e corporativista (não se usa aqui o vocábulo em seu sentido pejorativo), o Constituinte elencou as atribuições da polícia federal. Há, pois, que se extrair dentre essas atribuições quais estão relacionadas à segurança pública e dizem respeito ao controle de arma de fogo, face a nova lei.

Essas atribuições vêm previstas genericamente como sendo apurar "outras infrações penais cuja prática tenha repercussão interestadual (...) e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei" (art. 144, § 1.º, inc. I).

Portanto, à luz da Constituição, é perfeitamente possível atribuir à Justiça Federal competência para processar e julgar os crimes que tenham por objeto arma de fogo (mesmo aquelas que, em princípio, são de uso permitido), porque, notoriamente, a fabricação, o comércio e a posse de tal petrecho dizem respeito à segurança pública, e a União também é responsável por esta, cujo órgão operacional é a polícia federal. O que faltava, e a nova lei criou, foi, no âmbito da União, um serviço especificamente voltado à *segurança pública* (no que diz respeito ao controle da utilização de arma de fogo), de sorte a completar a hipótese de competência da Justiça Federal, prevista no inciso IV do art. 109 da Constituição Federal – "(*omissis*) *infrações penais praticadas em detrimento de (omissis) serviços da união* (*omissis*)".

Não se define, pois, a competência da Justiça Federal pela atribuição da polícia federal; mas sim, pela competência operativa da União, tendente a assegurar a ordem pública, coibindo a disseminação de armas de fogo no território nacional. A polícia federal é apenas um órgão (previsto constitucionalmente, mas não haveria necessidade para tal), através do qual a União desincumbe desse *serviço.*

Também não chego a concluir que todos aqueles ilícitos penais de âmbito interestadual que, nos termos da lei, couber à polícia federal apurar estão sujeitos à competência da Justiça Federal. Nesses casos haverá, certamente, interesse da União. Mas o interesse há de ser analisado segundo sua predominância, já que, em princípio, algum interesse a União sempre terá na repressão ao crime.

Voltando ao inc. IV do art. 109 da Constituição Federal, verificamos que a competência da justiça federal estende-se não apenas aos crimes praticados em detrimento de *bens e serviço,* mas também de *interesse* da União e de seus entes públicos.

(10) O art. 144 acima visto, na verdade, estabelece uma *exceção* a essa competência residual, retirando parte dela para, ao depois, entregá-la, concorrentemente, aos estados e à União.

Bens, *serviço* e *interesse*: há que se definir o conteúdo desses vocábulos, como pressuposto da determinação da competência da justiça federal em matéria penal.

a) O conceito de *bens* (da União, no caso) não comporta maiores dúvidas, na medida em que seu conteúdo é dado pela própria Constituição (art. 20), e assim eventual dúvida poderá surgir apenas em face de caso concreto.

b) Os *serviços* da União, por seu turno, conforme visto acima, hão de se relacionar com sua competência operante, prevista no art. 21 da Carta Constitucional. Diferentemente, porém, dos bens, que estão elencados na Lei Maior, os serviços poderão ser criados pela lei ordinária, desde que vocacionados a desincumbir de uma daquelas competências que a Lei Máxima reservou à União.

c) *Interesse*. Os crimes previstos na nova lei não apenas lesionam serviço, mas também afetam interesse da União.

Nos itens supra (2. – "a", "b" e "c"), procurou-se demonstrar, à luz do Texto Constitucional e segundo a competência da União, onde esta seria lesionada em seu interesse/serviço.

Mas, a bem da precisão (e porque isto também tem importância na definição da competência jurisdicional), há que se distinguir *interesse* e *serviço*, já que o constituinte utilizou os dois vocábulos, e presume-se que a Lei Constitucional não contém palavra inócua.

O vocábulo *interesse* alberga conceito amplo, indeterminado, quer na linguagem natural quer na jurídica.[11] Numa primeira tentativa de delimitação dos conceitos, diria que subjacente a todo *serviço* da União há um interesse seu (independentemente do *interesse* que incide diretamente sobre o *serviço*); mas nem todo *interesse* corresponde a um *serviço*.

Assim, poder-se-ia delimitar os conceitos dizendo que, enquanto os *bens* são fisicamente verificáveis e constitucionalmente elencados, e os serviços são constatáveis na estrutura burocrática da União e instituídos por lei,[12] o *interesse* não é naturalisticamente encontrável e nem está necessariamente definido em norma jurídica: há de ser casuisticamente verificado, através de um processo cognitivo complexo, onde há margem para considerações valorativas, sempre,

(11) Exemplificativamente, vejam-se algumas acepções que os dicionaristas dão à palavra: "1. Lucro material ou pecuniário, ganho. 2. Parte ou participação que alguém tem nalguma coisa: *Qual seu interesse na firma*? 3. Vantagem, proveito; benefício: *Só age em seu próprio interesse*. 4. Aquilo que convém, que importa, seja em que domínio for. 5. Sentimento de cobiça; avidez. 6. Procura de vantagem pessoal, de proveito." (e chega a 13...) – Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", 1. ed., 15.ª impressão). Por seu turno, De Plácito e Silva, em seu "Vocabulário Jurídico": "...é tido, na acepção jurídica, em conceito bem amplo. Quer, precipuamente, mostrar a *intimidade* de relações entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estas poderes, direitos, vantagens, faculdades. Nesta acepção, o interesse decorre dessa situação jurídica, de modo que cada *movimento* ou *mutação*, trazida às coisas, provoca uma percussão ou repercussão naqueles mesmos poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas, gerada da intimidade existente entre ambas, para melhorá-los, modificá-los, garanti-los, ampará-los ou prejudicá-los. Assim sendo, o *interesse*, embora concebido geralmente como uma *utilidade* econômica, pode fundar-se em uma *vantagem* de ordem *moral*..."

(12) Nos termos do art. 48, inc. XI, da CF, a "criação, estruturação e atribuição dos Ministérios e órgãos da administração publica" federal é matéria de lei.

obviamente, sob as luzes do texto constitucional, especialmente aquelas emanadas de seu art. 21, que elenca as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

3. A competência da Justiça Federal face à lei

3.1 Crimes relacionados ao cadastro da arma e respectivo titular

Vista, assim, a base constitucional que deve sustentar a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes genericamente previstas como lesivos aos "bens, serviços ou interesse da União", e verificado que a disseminação de arma de fogo no território nacional interfere no interesse/dever – constitucionalmente previsto – da União, consistente em manter a segurança pública nesse nível, há de se verificar mais concretamente se esse interesse está explicitado na lei, através da instrumentalização da União para defendê-lo. Em estando, não apenas o interesse da União faz-se evidente, mas também é o seu próprio *serviço* que será afetado.

Sabe-se que a competência da Justiça Federal é questão de ordem constitucional. Mas a definição de crime (pois não se cogita aqui da competência na área cível) é matéria de lei ordinária. Conseqüentemente, mesmo naquelas hipóteses onde essa competência vem melhor delimitada na Lei Maior, importante papel tem a lei ordinária na definição da competência da Justiça Federal. Assim, por exemplo, a competência da Justiça Federal no que diz respeito ao crime político terá uma maior ou menor abrangência a depender da lei que defina essa espécie de crime; o crime contra o sistema financeiro dependerá não somente da lei ordinária que o defina, mas também da lei complementar que regule esse sistema (art. 192).

Essa dependência à lei ordinária torna-se maior em se tratando dos crimes genericamente considerandos como lesivos a serviços e interesse da União. Quanto ao interesse, a Constituição não vai além de simples referencial para sua delimitação, conforme visto.

No caso ora considerado, a Lei 9.437/97 cumpriu esse papel delimitador do interesse da União quanto à segurança pública, instituindo um órgão específico para desincumbir-se do respectivo serviço. *Verbis*:

Art. 1.º Fica instituído o Sistema Nacional de Armas – SINARM no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2.º Ao SINARM compete:

I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III – cadastrar as transferências de propriedade, o extravio, o furto, o roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais;

IV – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;

V – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;

VI – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios.

Art. 3.º É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente, excetuadas as consideradas obsoletas.

Parágrafo único. Os proprietários de armas de fogo de uso restrito ou proibido

deverão fazer seus cadastro como atiradores, colecionadores ou caçadores no Ministério do Exército.

Art. 4.° O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.

Parágrafo único. A expedição do certificado de registro de arma de fogo será precedida de autorização do SINARM.

Dos dispositivos legais acima transcritos, conclui-se que as condutas criminosas previstas no § 2.° e no inc. II do § 3.° do art. 10 (que se referem a arma de fogo ou acessório de uso proibido ou restrito) afetam, direta e exclusivamente, o serviço/interesse da União, consistente em impedir a disseminação de arma de fogo privativa das Forças Armadas na sociedade civil.

Mas também as múltiplas condutas previstas no *caput* do art. 10 (possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar) atingem o serviço/interesse da União, caso o agente não possua Certificado de Registro da arma de fogo, devidamente autorizado pelo Sistema Nacional de Armas – SINARM (art. 4.° e Par. ún.). O mesmo se diga da conduta criminosa prevista no inc. I do § 3.° do art. 10 (*suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato*), que vulnera o serviço de cadastramento de arma de fogo, mesmo que de uso permitido, e de identificação dos respectivos proprietários, serviço este afeto a órgão da União.

Com efeito, por expressa disposição do art. 1.° da lei em comentário, foi instituído esse *serviço* no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, destinado a identificar e cadastrar as armas de fogo existentes no território nacional (mesmo sendo de uso permitido) e seus respectivos proprietários (art. 2.°), bem como a autorizar a expedição do certificado de registro, indispensável à licença para o respectivo porte (arts. 6.° e 7.°). Portanto, a posse, a detenção, o porte, etc, (art. 10, *caput*) de arma de fogo sem registro ("em desacordo com determinação legal ou regulamentar") causa *detrimento* a esse *serviço* da União.

Tem-se, pois, aqui, figura semelhante à contravenção prevista na alínea "a" do § 2.° do art. 19 da LCP, com a diferença que, agora, não se trata mais de mera "comunicação" à autoridade sobre a posse da arma de fogo, mas de seu registro; e a autoridade responsável pelo registro, no novo sistema de segurança pública, é de nível federal.

Da mesma forma, competirá à Justiça Federal julgar os crimes previstos no § 1.°, incs. I e III do art. 10, caso o agente, que facilitou o acesso do menor ou deficiente mental à arma de fogo, tinha-a sem o necessário registro.[13]

3.2 Crimes relacionados ao porte da arma

Mas, além do crime cujo elemento (normativo) básico consiste no não registro da arma de foto (mais as condutas "possuir", "adquirir", "vender", "alugar", etc.), que, em grande parte, constitui-se em inovação,[14] a atual lei também prevê

(13) Quanto ao inc. II, que se refere a arma de brinquedo ou simulacro de arma, por não tratar de arma de fogo, obviamente, não diz respeito ao *serviço* da União, e, conseqüentemente, à competência da Justiça Federal.

(14) Correlata a essas condutas, tínhamos a seguinte previsão na LCP (art. 19, § 2.°,

(a exemplo da LCP) o ilícito consistente no porte de arma de foto sem autorização da autoridade.

Porém, diferentemente da técnica utilizada na LCP, em que essas condutas vinham previstas em tópicos distintos (*caput* e § 2.°, *a*, do art. 19), a nova lei, no *caput* do art. 10, elenca condutas atinentes ao *registro* da arma e ao *porte* da mesma (além de fabricação e circulação). O registro, conforme visto, é de competência federal. Já a autorização de porte, depende: se em âmbito estadual, compete ao respectivo estado concedê-la; se interestadual, a competência é da União, salvo se se tratar de estados limítrofes. Essa divisão de competência estabelecida na lei está plenamente conforme à Constituição Federal, que atribui a ambos os entes políticos a responsabilidade pela segurança pública, reservando à União a competência para apurar os crimes interestaduais, através da polícia federal, conforme já visto.

Com efeito, diz a lei:

Art. 6.° O porte de arma de fogo fica condicionado à autorização da autoridade competente ressalvados os casos expressamente previstos na legislação em vigor.

Art. 7.° A autorização para portar arma de fogo terá eficácia temporal limitada, nos termos de atos regulamentares e dependerá de o requerente comprovar idoneidade, comportamento social produtivo, efetiva necessidade, capacidade técnica e aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo.

§ 1.° O porte estadual de *arma de fogo registrada* restringir-se-á aos limites da unidade da federação na qual esteja domiciliado o requerente, exceto se houver convênio entre Estados limítrofes para recíproca validade nos respectivos territórios.

Art. 8.° A *autorização federal* para o porte de arma de fogo, com validade em todo o território nacional, somente será expedida em condições especiais, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 9.° Fica instituída a cobrança de *taxa pela prestação de serviços relativos à expedição de Porte Federal de Arma de Fogo,* nos valores constantes do Anexo a esta Lei.

Parágrafo único. Os valores arrecadados destinam-se ao custeio e manutenção das atividades do Departamento de Polícia Federal. (Grifos meus).

Assim, caso a conduta consistente em "portar arma de fogo sem autorização da autoridade" ultrapasse espacialmente o limite de um estado (e não verificada a exceção prevista na 2.ª parte do § 1.° do art. 7.°), caracterizada estará a lesão ao

a): "deixar de fazer comunicação ou entregar à autoridade, quando a lei o determinada" arma de fogo. Quanto a esse dispositivo, firmou-se a jurisprudência no sentido de que é atípico o *não registro* da arma de fogo. É exemplar dessa orientação a seguinte ementa: "Não configura o ilícito previsto no art. 19, § 2.°, alínea *a* da LCP, falta de registro de arma sob guarda domiciliar. É que falando a lei em 'comunicação' ou 'entrega' de arma à autoridade, diverge da conduta administrativa que obriga a seu licenciamento (art. 31, do Dec. 6.911, de 11 de janeiro de 1935 (TACRIM-SP – AC – rel. Manoel P. Pimentel – JUTACRIM 19/210)". Outros vão ainda além: "Contravenção penal – Porte de arma – Infração não configurada – Falta de comunicação ou entrega da mesma à autoridade – Hipótese em que não há determinação legal a respeito – Absolvição mantida – Inteligência do art. 19, § 2.°, *a* da Lei das Contravenções Penais – A posse da arma sem comunicação ou entrega à autoridade só consubstancia infração passível de pena quando a lei a determina (TACRIM-SP – Rec. – rel. Humberto da Nova – RT 438/384)". – *In* "Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial", de Alberto Silva Franco e outros, Ed. RT, 5.° ed., p. 100 e 106, respectivamente.

serviço/interesse da União, atinente a seu poder de polícia (legalmente estruturado) no controle do porte de arma de fogo em âmbito nacional. Com a mesma conduta, a agente estará, ainda, elidindo o pagamento da taxa, que seria destinada "ao custeio e manutenção das atividades do Departamento de Polícia Federal", que vão além do simples controle das armas de fogo.

Por ambos os fundamentos, a competência para julgar a respectiva infração penal é, pois, da Justiça Federal.

4. Conclusão

Remanescem sob a competência da Justiça Estadual:

a) o crime de porte de arma de fogo (*caput* do art. 10) em âmbito estadual, ou entre estados limítrofes e conveniados, sem autorização da autoridade, desde que a arma esteja registrada;

b) os crimes previstos nos incs. I e III do § 1.º do art. 10, desde, também, que o agente possua Certificado de Registro de Arma de Fogo;

c) o crime previsto no inc. II do § 1.º do art. 10: utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

d) o crime previsto no inc. III do § 3.º: possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização – desde que não se refira a material bélico ou nuclear (incs. VI e XXIII do art. 21 da CR).

Os demais crimes previstos na Lei 9.437/97 estão sujeitos à competência da Justiça Federal, quais sejam:

a) aqueles previstos no *caput* do art. 10 e nos incs. I e III de seu § 1.º, caso o agente não tenha providenciado o registro da arma de fogo, nos termos do art. 5.º da lei;[15]

b) o porte de arma de fogo, sem autorização, em âmbito interestadual;

(nessas duas hipóteses, face a técnica da nova lei (*caput* do art. 10), entendo que a conduta "possuir sem registro" absorve o "portar sem autorização da autoridade", levando este fato também à competência da Justiça Federal[16])

c) a supressão ou alteração de sinal de identificação de arma de fogo (§ 3.º, inc. I, do art. 10);

c) todos aqueles que digam respeito a arma de fogo de uso proibido ou restrito, previstos no § 2.º e no inc. II do § 3.º do art. 10.

(15) O Dec. 2.222, de 08.05.97, ao regulamentar a lei, em seu art. 4.º e segs., previu que o registro será efetuado pelas Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, precedido de autorização ao SINARM. Porém, entendo que isso não afeta a competência da Justiça Federal, quer pelo fato de persistir o veemente interesse da União no cadastramento das armas de fogo existentes no território nacional, cujo mais visível sinal é exatamente aquela *autorização*, quer pelo fato de que o não registro vai em detrimento ao *serviço* da União, responsável pelo Sistema Nacional de Armas-SINARM.

(16) E ainda que se tratasse de concurso de crimes, de acordo com o entendimento jurisprudencial pacífico, a Justiça Federal seria competente para julgar ambos.

2. DOUTRINA NACIONAL

MEDIDAS DE SEGURANÇA

IVANIRA PANCHERI

SUMÁRIO: 1. Histórico – 2. Diferenças conceituais entre pena e medida de segurança – 3. Conceituação de medida de segurança – 4. Legitimidade – 5. Periculosidade – 6. Duração das medidas de segurança – 7. Limites – 8. Direito comparado – 9. Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico "professor André Teixeira Lima" de Franco da Rocha – 10 Bibliografia.

1. Histórico

Desde a Antiguidade existiam medidas cautelares contra menores e doentes mentais. No Direito Romano, os menores impúberes ficavam sujeitos à "verberatio", espécie de admoestação; os furiosos eram tratados de maneira similar aos "infants"; havendo ainda o instituto da relegação, para segregar indivíduos perigosos. Nas Leis de Manú e no Código de Hamurabi havia providências rudimentares e assemelhadas, sendo que as primeiras codificações mencionadas previam até formas de mutilação. No Direito Canônico, por volta do século XVIII, os doentes mentais, não obstante considerados incapazes de delinquir, eram mortos ou encarcerados nas piores condições físicas e sociais em asilos de loucos. Acreditava-se que estavam possuídos pelo demônio. Exceções a esta realidade degradante foram o *Ospizio de San Michele* fundado pelo Papa Clemente XI em 1703 e o Reformatório de Elmira criado pelo New York Act em 1877.

A sistematização da matéria veio com Karl Stoos em 1893 no Projeto do Código Penal Suíço. Pretendia-se o tratamento do homem criminoso até sua cura, isto é, já havia a noção da indeterminação dos prazos de duração da Medida de Segurança. Isto em decorrência da necessidade de diferenciá-la da Pena. Compreendida como medida profilática, de caráter utilitário, vigia a teoria de Lucchini acerca da Carência da Aflitividade da Medida de Segurança. Excepcionalmente, porém, a limitação fazia-se presente. Exemplifique-se com a Medida de Segurança imposta na França contra alcoólatras por tempo máximo de 05 anos ou contra mendigos por até 02 anos. Igual composição apresentava-se na Alemanha e em Portugal.

O Código Penal Italiano de 1930 discorreu um capítulo sobre Medida de Segurança, consolidando o assunto. Hoje praticamente a totalidade das legislações dos países trazem disposições a respeito.

No Brasil, as Ordenações Filipinas rezavam que não se imputava fato ilícito a louco, insensato e doente por faltarlhes a culpa. O Código Criminal do Império e o Código Penal de 1890 prescreviam que os loucos deviam ser entregues à família ou internados nos hospícios. O Código Penal de 1940, segundo Nelson Hungria, afirmava que a responsabilidade não existia se privados da capacidade de entendimento e da adequada determinação de autogoverno. A Medida de Segurança então, era o sim-

ples complemento da pena imposta na sentença condenatória em que se apreciou a periculosidade do delinquente, sofrendo o réu sanção dupla, qual seja, cumprimento da reprimenda e depois, da Medida de Segurança.

Na Reforma Penal de 1984, em seus arts. 96 e seguintes, ficou estabelecido que não se admitiria mais Medida de Segurança para Imputável. Houve a restrição a duas formas de Medida de Segurança apenas, isto é, a internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e o tratamento ambulatorial.

Para concluir esta parte tradicional, é de se sublinhar a origem dos Manicômios. Teria sido na Inglaterra, em 1800, após o Rei Jorge III sofrer um atentado praticado por um doente mental recolhido em "garantia pública" por tempo indeterminado.

2. Diferenças conceituais entre pena e medida de segurança

A Pena possui natureza retributiva e também, preventiva. A Medida de Segurança somente caráter preventivo.

A Pena baseia-se na culpabilidade. A Medida de Segurança funda-se na periculosidade. Cada vez mais, todavia, usa-se a expressão periculosidade em relação a Imputáveis, sobretudo para negar liberdade provisória, para aplicar o *quantum* da pena, para fixar regime prisional ou negar progressão...

A Pena recai sobre os Imputáveis e os Semi-Imputáveis. A Medida de Segurança nunca sobre os Imputáveis.

A Pena é proporcional à infração. A Medida de Segurança, à periculosidade.

A Pena é fixa. A Medida de Segurança caracteriza-se pela indeterminação.

A Pena volta-se para o passado: crime, culpabilidade e também, prevenção. A Medida de Segurança mira o futuro: cura e prevenção. Entretanto, igualmente o passado importa para a Medida de Segurança porque é pressuposto para a sua incidência: o cometimento de um delito. Ademais, aqui se admite a detração.

Na realidade, participam de mesma essência na medida em que há privação de bens jurídicos afinal, nenhum tratamento é possível sem privação ou comprometimento de direitos, não havendo ainda como negar o caráter aflitivo e seu aspecto de mal necessário. Coercitivas ambas, aplicadas por um juiz em virtude da execução de uma conduta danosa por parte do sujeito. São formas de reação estatal. Daí, o imprescindível respeito às garantias sob pena de brutal violação dos direitos humanos.

Assim a Lei de Execução Penal entende. O art. 1.º preceitua: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condição para a harmônica integração social do condenado e do internado". Não faz pois, distinção entre Pena e Medida de Segurança. Então, falar-se em Monismo Penitenciário, tendência norte-americana e inglesa.

3. Conceituação de medida de segurança

A Medida de Segurança pode ser definida como privação de bens jurídicos imposta jurisdicionalmente pelo Estado com um fim reeducador ou curativo a pessoas socialmente perigosas em ocasião do cometimento de um ilícito penal. Objetiva a prevenção de futuras afrontas às normas penais, recuperando a dignidade humana, mas com repúdio à intervenção na personalidade e na moralidade do indivíduo.

Deve, portanto, oferecer condições objetivas necessárias não à emenda ou reforma moral da pessoa, sequer a determinação da aceitação ou do reconhecimento por esta dos critérios de valor

da ordem jurídica, mas a mera prevenção da reincidência por reforço dos padrões de comportamento e de integração na vida comunitária.

É de se salientar que não obstante a bondade dos administradores da instituição ou da qualidade excepcional do tratamento, este encarceramento involuntário constitui uma pena.

O interno pois, mantém a titularidade dos direitos fundamentais do homem, salvo as limitações resultantes do sentido da sentença, bem como, as injungidas em nome da ordem e da segurança do estabelecimento. No caso dos doentes mentais que perpetraram um fato típico e ilícito, seus direitos humanos requerem especial cuidado por parte dos profissionais que os assistem.

Todavia, convencionou-se que há uma natural perda da cidadania e do consentimento por parte destes referidos internos. A absoluta liberdade para recusar o tratamento, na hipótese, psiquiátrico, não é reconhecida. Ausente o consentimento livre, válido e informado.

Na América Latina, a opinião acerca do não medicar-se é no sentido de que tal pode prolongar a enfermidade com a conseqüente demora em sair da instituição, conflitando com a noção de que a privação da liberdade deve ser a mais breve possível. Nos Estados Unidos entretanto, há sentenças em sentido contrário.

E mais, amputa-se-lhes o direito ao contraditório, especificamente na Execução Penal. Diversa a situação no Direito Português, por exemplo, que na Revisão Obrigatória, além da perícia psiquiátrica e da audição do Ministério Público e da Defesa, faz-se a oitiva do internado "salvo se o seu estado de saúde tornar sua audição inútil ou inviável" (art. 503, 01 e 02, do Código de Processo Penal).

4. Legitimidade

Debatida é a questão da ajustabilidade da Medida de Segurança aos ditames do Estado de Direito.

Partindo-se da idéia de que a Pena tem na sua alma a retribuição e que esta não satisfazia plenamente as necessidades político-criminais de prevenção nos casos de fatos típicos e antijurídicos realizados por portadores de anomalias psíquicas, integrou-se o sistema penal com novo recurso cujo fundamento primordial era exatamente a prevenção. Tal criação surgiu por conseguinte, para preservar o caráter retributivo da Pena.

O critério retributivo, por sua vez, mesmo equiparado ao primitivo juízo de Vingança, na verdade, caracteriza-se por ser uma garantia política, caso contrário, estar-se-ia diante do terror penal. A Pena é analisada segundo a culpabilidade, não matemática, para resultar efeitos positivos. Prescindindo-se da culpabilidade, falseia-se o sentido da Pena, convertendo-a em Medida de Segurança, sem valor ético, a qual se pode abusar com fins políticos.

A Medida de Segurança, despida do pensamento de retribuição e não alicerçada na culpabilidade, despontou com base num "estado do autor", isto é, um complexo de condições subjetivas e objetivas sob cuja ação é provável que um indivíduo cometa fato socialmente danoso ou perigoso.

Segundo Welzel:

"al que en el ámbito de las penas, se pone de relieve en el campo de las medidas de seguridad, que su utilidad o adecuación al fin no ofrece todavía ninguna justificación para la restricción a que se somete al individuo.

En todas las medidas de seguridad, al lado de su adecuación al fin (su exigencia para la seguridad pública), debe de encontrarse también su fundamento

moral. Todas las medidas de seguridad reposan sobre el pensamiento ético-social de que sólo puede participar plenamente de la vida comunitaria aquel que es capaz de obedecer las normas que regulan la vida de la misma comunidad social. Toda liberdad exterior o social se justifica sólo en base a la posesión de la correspondiente libertad interior, que es esa capacidad de autodeterminación moral, como no sucede en el caso de los enfermos mentales, o quien no posee ya, por razón de hábitos inclinaciones o vicios adquiridos, la fuerza de voluntad suficiente y no puede aspirar por ello a una plena liberdad interior" ("El Derecho Penal alemán. Una exposición sistemática". 8a. ed., Barcelona, 1963, p.215)

O fim é porquanto, devolver ao indivíduo a plena capacidade de auto-determinação para sua vivência coletiva.

5. Periculosidade

O sustentáculo hodierno da Medida de Segurança é a Periculosidade, ou seja, o cálculo probalístico quer de natureza criminológica quer estritamente normativa da recidiva. Com preocupação acerca da certeza do direito, é valoração, por vezes, aleatória pela simples razão de que não se pode com precisão antever o futuro do indivíduo.

A perigosidade é, assim, uma vinculação direta entre natureza e gravidade do fato ilícito, bem como, à anomalia psíquica do agente e ainda, à probabilidade de repetição do acontecimento refutável.

Tem suas origens em Garófalo, no ano de 1878, e seus estudos sobre temibilidade, que acabaram por desumanizar a pessoa.

No que tange ao conceito de periculosidade, este traduz o temor, a expectativa, a probabilidade de novo evento criminoso. Periculosidade esta criminal e não social que entraria em atrito com o Direito Penal constitucionalmente assegurado. Entretanto, resta a indagação: qual a percentagem para se verificar se evento é provável? Qual a percentagem para se afirmar que a pessoa novamente irá delinquir? Afinal, haverá um grupo de risco, que se concentrará numa zona cinzenta entre a certeza(?) da reincidência e a da não reincidência. Mister um método de investigação idôneo que obstaculize aquela perícia rotineira e intuitiva, que não acrescenta fato novo.

Assim, há um espaço para prognósticos seguros, cujo comportamento patológico não deixa maiores questionamentos, mas que, por sua vez, não podem ser confundidos com aqueles cujo comportamento desfavorável origina-se da privação da liberdade. Contudo, há casos dúbios também. Aqui, poder-se-ia cogitar da aplicação da regra "in dubio pro reo" ou "in dubio pro reum", que alguns menosprezam dizendo não resolver o problema porque o juízo de periculosidade é que é incerto e não o resultado.

A perícia deve ser sem valorização que extrapole seu sistema científico. Há de se ter em vista que uma sugestão que favorece a prorrogação da Medida de Segurança não pode ter sua equivocidade demonstrada. Resguardando-se o perito portanto, de opinião sobre sujeito que mais tarde revelar-se perigoso, distancia-o do clamor social.

Daí, a sempre presente necessidade de peritos externos que de forma mais fácil desvinculam, segundo a psiquiatria moderna, a ligação doença mental e periculosidade.

Podem, entretanto, *em determinadas circunstâncias*, a Medida de Segurança e o conhecimento acerca da periculosidade, trazer graves riscos à segurança jurídica ao serem utilizadas com conteúdo material impróprio, constituindo instrumentos de poder político para os divergentes.

A periculosidade propiciadora da internação já foi usada contra classes inferiores de países capitalistas e desviados dos países marxistas, leninistas e maoístas, sob o manto de teoria científica.

A Medida de Segurança caracteriza-se por ser a "ultima ratio", é a obrigação estatal de tutela de bens jurídicos jungida ao marco do melhoramento e da cura do indivíduo. Sendo um tratamento imposto coativamente, mister o cuidado com os riscos de prevaricação e manipulação, havendo para tanto até convenções direcionadas aos psiquiatras.

Atualmente, as organizações estatais democráticas tendem à intolerância de consequências jurídicas insculpidas no que classificam de indemonstrada, irracional e insustentável concepção. Inconcebível ainda, a presença de Medidas de Segurança sem delito, isto é, pré-delictuais.

6. Duração das medidas de segurança

O artigo 96, em seu parágrafo único do Código Penal, prescreve: "Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta".

A extinção da punibilidade pode ser derivada de qualquer causa extintiva, até mesmo da prescrição, não obstante empregar-se normalmente tão só o termo pena cominada ou aplicada. Então, por amor à lógica, mister uma limitação ao prazo da Medida de Segurança afinal, se o condenado à Medida de Segurança não iniciou o resgate, por exemplo, estando foragido, ultrapassado o lapso prescricional (ainda extremanente discutido na doutrina), salvo duas hipóteses de delitos imprescritíveis narrados na Constituição Federal, perde o Estado seu poder punitivo. De outro lado, se principiou o cumprimento, não tendo a Medida de Segurança limite temporal, pode ela ser perpétua ou, até que cesse a periculosidade, confrontando com a Magna Carta que veda a perpetuidade da sanção.

Escoado o tempo, as Medidas de Segurança desaparecem quando não executadas, de maneira idêntica, as efetivamente executadas, com graves restrições à pessoa, também precisam ostentar um ponto final.

"Ex positis", consoante inteligência do que venha a ser Estado Democrático de Direito, posto no art. 1.º da Constituição Federal, toda intervenção estatal na liberdade do homem tem que ser rigorosamente regrada e limitada. Desta forma, o Inimputável não pode ter menos direitos que o Imputável. A inocuização não pode ficar acima da meta de reeducação e das garantias constitucionais.

Outrossim, o Princípio da Legalidade concretizado nos arts. 5.º, inc. XXXIX da Constituição Federal e 1.º do Diploma Penal fixa que não há crime nem pena sem lei anterior. Interessa notar que antes da reforma penal de 1984, sustentava-se a inaplicabilidade deste princípio à Medida de Segurança posto que a norma ápice só aludia à Pena, em um apêgo à literalidade, com encurtamento equivocado de seu conteúdo em sede de liberdades públicas do cidadão.

Pelo Princípio da Proporcionalidade, a Medida de Segurança ao não encontrar o limite da culpabilidade, recorre à dita proporcionalidade para evitar que resulte em meio desconforme quando em comparação com sua utilidade preventiva, obstando assim, por exemplo, que pequeno ladrão para não prosseguir furtando, fosse encarcerado por toda sua vida.

Importa saber: proporcional a quê? À gravidade dos delitos cometidos, à periculosidade do autor do fato, à gravidade dos próximos crimes ou à doença mental do sujeito?

Uma resposta é ofertada pelo art. 97 da Lei Penal quando dispõe que o fato

punido com reclusão é passível de internação, enquanto o sancionado com detenção leva ao tratamento ambulatorial.

Pelo Princípio da Igualdade, tem-se a busca do tratamento não discriminatório aos Semi-Imputáveis e Inimputáveis em relação aos Imputáveis, quando do cometimento de fatos idênticos, embora, ao situar-se o nascimento da Medida de Segurança observa-se sua essência qualitativa dessemelhante.

Nos termos do Princípio da Intervenção Mínima, atingida a finalidade da sanção, deve cessar imediatamente o poder punitivo do Estado. Desta feita, a duração da Medida de Segurança será a indispensável para eliminar a periculosidade criminal. Advindo a cura antes do término, finda a intervenção estatal na liberdade pessoal, sem exigir o resgate integral, como na pena privativa de liberdade e seus institutos de Livramento Condicional , Indulto dentre outros.

Por fim, não se pode olvidar do Princípio da Humanidade, conforme o qual "nulla poena sine humanitate" e, inconteste é a crueldade no indeterminado prazo das citadas Medidas de Segurança.

Independente da preocupação com os princípios anteriormentes delineados e outros do sistema constitucional, a Individualização e o tratamento diferenciado aos enfermos mentais que cometeram ilícito não podem ser depreciados.

O tratamento curativo quando de fato impingido em um ambiente que não deveria ensinar ou estimular a recidiva é característica daquilo que se comprende por Medida de Segurança. O risco da reincidência urge estar inserido dentro da normalidade arguída para todos os outros criminosos comuns.

No que concerne à duração da Medida de Segurança por fim, vislumbra-se que a previsão absoluta de um limite temporal para o tratamento curativo condicionaria negativamente a atividade do terapeuta porque impediria tratamento adequado às fases que o caso concreto exige. Não obstante, a limitação, repita-se absoluta, favorecer inegavelmente o progresso da civilidade, poderia prejudicar o tratamento, porque repudiaria a colaboração efetiva do interno e, a Medida de Segurança é, antes de mais nada, um débito da responsabilidade estatal para com o indivíduo.

Indispensável com efeito, um cuidado para que não se mostre discurso duplo na Medida de Segurança: como função teórica, perseguindo a prevenção especial e sua imposição logrando a reabilitação, a ressocialização e a cura; na prática, como função real, seguindo com característica retributiva similar a da Pena, legitimadora de um sistema penal antidemocrático e autoritário, com roupagem garantidora e de respeito à dignidade da pessoa.

Modernamente, a concepção é de que os manicômios criminais são instituições anacrônicas, zonas fronteiriças entre o sistema carcerário, que abriga muitas vezes de maneira indevida os portadores de anomalia psíquica, e as instituições terapêuticas ordinárias, oferecendo a difícil tarefa aos médicos de curar num ambiente patogênico, onde a filosofia repressiva entra em choque com a terapêutica.

E mais, retornando à idéia de risco, no caso dos enfermos, terminado o prazo máximo, não encerrada a anomalia, transfere-se imediatamente o mesmo a estabelecimento administrativo – hospital psiquiátrico comum – arrematando a Execução Penal, já para os Imputáveis, terminada a Pena são liberados ainda que perigosos. A álea que a sociedade deve assumir em relação à reincidência dos Inimputáveis é o mesmo que ela assume diariamente em relação aos que havendo cumprido sua condenação no cárcere saem em liberdade.

Importante parece sim, a ponderação de interesses entre o relevo dos valores que o inimputável em liberdade pode destruir e a gravidade de sua definitiva segregação da vida social.

7. Limites

Aqui, a inquietação é para organizar mínimo e máximo das Medidas de Segurança de acordo com o delito ou outro limite qualquer não relacionado à pena cominada.

No Brasil, o mínimo não observa o *quantum* para o delito e sim, varia de 01 a 03 anos, tendo por base a gravidade do fato e a periculosidade do agente. Já o máximo, para o Semi-Imputável que sofre uma condenação e pode ter sua pena substituída pela Medida de Segurança, quando necessitar "de especial tratamento curativo", será o tempo da mencionada condenação, diferente do que o Código Penal injusta e inconstitucionalmente determina. Para o Inimputável, o máximo regula-se pela cessação da periculosidade.

Na realidade, o autor do fato punível, *conservadas as devidas distinções de sua especial posição*, tem o direito de saber antecipadamente qual o limite máximo esperado de privação de liberdade a qual estará sujeito. Assim, com a determinação fixada, afasta-se o temor da defesa de arguir a debilidade mental do acusado e ter-se sanção indefinida, propiciando a individualização verdadeira.

8. Direito comparado

Portugal

Inexistem limites mínimos obrigatórios porque as patologias mentais são de diferentes graus, condicionadas por fatores pessoais, não se podendo fixar "a priori" prazos mínimos.

Excepcionalmente, ainda que cessada a perigosidade, há o cumprimento de um mínimo para reforço da consciência jurídica comunitária e segurança. É a exigência de prevenção geral. Exemplifique-se com o homicídio, ofensas corporais graves e outros atos de violência puníveis com sanção maior de 03 anos (artigo 91.2 do Código Penal Português).

Também não se fazem presentes limites máximos absolutos por causa da natureza peculiar da Medida de Segurança.

Por outro lado, o Código Penal dispõe que o *primeiro internamento* de um Inimputável não pode exceder em mais de *04 anos* o limite máximo da pena correspondente ao crime praticado, prevista a prorrogação em casos ímpares (artigo 92.2, 1a. parte do Código Penal Português). Já para o Semi-Imputável, o limite máximo refere-se à duração da pena (artigo 103 do mesmo diploma).

No projeto da Revisão, o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo de crime cometido pelo *Inimputável* mas há a possibilidade de prorrogação diante da acentuada anomalia mental do enfermo e da probabilidade de reiteração de crime cuja natureza e gravidade são demasiadamente causadores de apreensão para a própria sociedade. A prorrogação é constitucional em razão da prévia existência do estado de perigosidade, demonstração de impossibilidade terapêutica em meio aberto e decisão judicial.

Por fim, vale ressaltar que a extinção da punibilidade sucede apenas com a morte e não com a prescrição.

9. Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico "professor André Teixeira Lima" de Franco da Rocha

O Manicômio Criminal de Franco da Rocha é um estabelecimento custódio-hospitalar destinado ao tratamento de indivíduos em Medida de Segurança, de sentenciados e réus que manifestem doença

mental, bem como, à elaboração de perícias, conforme solicitação judicial.

Em dados do ano de 1996, 54.2% dos pareceres foram negativos enquanto 45.8% favoráveis, subdivididos estes em indicação para o Hospital Psiquiátrico Comum, para o Ambulatório e para a Colônia de Desinternação Progressiva.

Na linha do Instituto de Psiquiatria Forense do Rio Grande do Sul que concedeu licenças experimentais em companhia de familiares para os internos, experiência afim foi implantada no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Franco da Rocha. Mais tarde, a unidade de desinternação progressiva, etapa intermediária entre o internamento e a liberação condicional, foi criada, em março de 1989, visando evitar retornos significativos. E ainda, há o trabalho externo, com pernoite no manicômio, no que se chama de Hospital-Noite. Estas idéias estenderam-se às Colônias Fechadas, apesar do forte preconceito social acerca do louco-delinquente.

Limitada está porém, a alta progressiva na maior parte dos casos ao respaldo familiar e ao trabalho produtivo, comprometendo grande número de outras possíveis desinternações.

Pontofinalizando, é de se sublinhar que nesta matéria pouco conhecida de Medida de Segurança, impera em muito a ilação dos médicos psiquiatras, a despeito de muitas vezes ocorrer sérios embates entre suas posições e o ordenamento jurídico.

10. Bibliografia

BARBERO SANTOS, Marino. "As Medidas de Segurança na Legislação Espanhola". Revista Brasileira de Ciências Criminais – v. 09, 33/39.

CONSENS, Yubarandt Bespali de. "Bioetica y Asistencia a los Enfermos Mentales Detenidos". RT – v. 726, 475/481.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. "Medidas de Segurança no Direito Comparado". Revista Brasileira de Ciências Criminais – v. 03, 113/118.

FERRARI, Eduardo Reale. "Os Prazos de Duração das Medidas de Segurança e o Ordenamento Penal Português". RT – v. 701, 267/275.

FORNARI, Luigi. "Misure di Sicurezza e Doppio Binario: Un Declino Inarrestabile? ". Riv. Ital. Dir. Proc. Penale – V. 02, 569/651.

GOMES, Luiz Flávio. "Medidas de Segurança e Seus Limites". Revista Brasileira de Ciências Criminais – v. 02, 64/72.

——. "Duração das Medidas de Segurança". RT – v. 663, 257/267.

NOBRE JR. , Edilson Pereira. "Cinco Temas Controvertidos de Direito Penal". R.T.J.E. – v. 80, 41/53.

PÉREZ, Fernando Gómez. "El Derecho de accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas". Fundación Alfredo Branãs – 1992, 109/121.

RANGEL, Gustavo Barreto. "Las Penas y las Medidas de Seguridad". Revista Jurídica Veracruzana – 1986, 143/152.

RODRIGUES, João Arantes. "Origem e Causas de Aparecimento da Medida de Segurança". Sciencia Jurídica – v. VII, 174/180.

RODRIGUES, Anabela Miranda. "A Fase de Execução das Penas e Medidas de Segurança no Direito Português". Séminaire Internacional. La Procédure Penale Comparée: Phase Éxecutoire. BMJ – v. 380, 05/58.

ROSSETTI, Janora Rocha. "Da Prescrição da Medida de Segurança". RT – v. 679, 301/307.

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. "Las Medidas de Seguridad. Aproximaciones al Código Penal Panamenõ de 1982". Revista de la Facultad de Derecho Penal y Ciencias Politicas de la Universidad Pontificia Bolvariana – 1996, 177/204.

2. DOUTRINA NACIONAL

A UTILIZAÇÃO DE ARMA SIMULADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES: REFLEXÕES SOBRE A LEI N.º 9.437/97

JULIO FABBRINI MIRABETE

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Concurso formal de crimes – 3. Roubo duplamente qualificado – 4. Utilização de arma simulada em outros crimes – 5. Disposição inaplicável – 6. Causa de aumento de pena – 7. Revogação na lei das contravenções penais – 8. Vigência da lei.

1. Introdução

Ao editar a Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que estabelece condições para o registro e para porte de arma de fogo, cometeu o legislador pelo menos um grande equívoco que causará inúmeros problemas para a aplicação de dispositivos penais relacionados ou não com o emprego de arma. Referimo-nos ao art. 10, § 1.º, II, do referido diploma legal, que tipifica a conduta de "utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de aterrorizar outrem, para o fim de cometer crimes", conduta a que comina a pena de detenção de um a dois anos e multa. A abrangência do dispositivo provocará inúmeras discussões a respeito da prática de vários ilícitos em que é empregada arma na sua execução, como pretendemos demonstrar.

Não se desconhece a divergência doutrinária e jurisprudencial, a respeito da exata interpretação que se deva dar ao art. 157, § 2.º, I, do referido Estatuto, que torna qualificado o crime de roubo quando há emprego de arma. Enquanto na doutrina prevalece o entendimento que a causa especial de aumento de pena referida não se configura quando o agente utiliza uma arma simulada, na jurisprudência prevalente tem-se reconhecido a majorante. Essa jurisprudência se cristalizou no Superior Tribunal de Justiça ao editar-se a Súmula 174, que tem a seguinte redação: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena". De outro lado, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal foram firmadas sob orientação oposta. Certamente, procurou o legislador aproveitando-se da oportunidade surgida com a regulamentação da posse e porte de arma, extinguir essa discussão que perdura desde a vigência do Código Penal, mas o fez de maneira desastrosa, causando ainda mais embaraços à aplicação adequada da lei penal. Caso tenha sido essa a razão que levou o legislador a inserir o dispositivo em estudo, bastaria uma alteração mínima no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, para acrescentar a agravação pela utilização da arma simulada. Entretanto, a solução encontrada foi outra, bem diversa, como se sabe.

2. Concurso formal de crimes

Ao considerar a utilização de arma de brinquedo ou simulacro de arma para o

fim de cometer crimes, como tipo autônomo, criou a lei a existência de concurso formal de crimes: de um lado, o ilícito em exame; de outro, qualquer crime em que o tipo penal se refere ao emprego de grave ameaça para a sua execução. Como para a execução do delito se utiliza a arma de brinquedo, com uma só conduta o agente pratica os dois delitos, na forma prevista pelo art. 70, caput, primeira parte, do Código Penal, aplicando-se, portanto, a pena cominada para o crime mais grave, aumentada de um sexto até a metade. Tome-se como exemplo mais significativo o crime de roubo praticado com arma simulada. Não mais se poderá entender que se deva aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 20, I, do Estatuto Repressivo, mesmo que se opte pela orientação sumular, que equipara a arma de brinquedo à verdadeira. Isto porque a nova norma tem caráter especial, por tipificar essa circunstancia como crime autônomo, afastando assim a possibilidade de aplicação da majorante por força de uma interpretação jurisprudencial discutível. Assim, a pena mínima cominada abstratamente para um roubo praticado com a utilização de arma de brinquedo é de quatro anos e oito meses de reclusão, ou seja, de quatro anos com o aumento de um sexto pelo concurso formal. Com essa solução não se atendeu aqueles que entendem que o agente deva ser punido como se tivesse utilizado verdadeira arma, caso em que a pena mínima cominada seria de cinco anos e quatro meses, ou seja, de quatro anos mais um terço, nem os que propugnam pela ocorrência, no caso, de um roubo simples, com pena mínima prevista de 4 anos.

3. Roubo duplamente qualificado

Um dos fatos mais comuns na prática do roubo é a sua execução por dois ou mais agentes, em concurso, com a utilização, para a ameaça, de arma de fogo, configurando-se assim um roubo duplamente qualificado conforme o disposto no art. 157, § 2.°, incs. I e II do Código Penal. Também é usual que, mesmo na ocorrência de duas causas de aumento de pena, no caso o emprego de arma e o concurso de agentes, seja aplicada aos autores a pena mínima cominada na espécie, ou seja, a de 5 anos e 4 meses de reclusão. Embora na doutrina haja opiniões em contrário, propugnando que, nesse caso, a pena não poderia se situar no mínimo legal, operando uma das qualificadoras como circunstancia judicial para a fixação da pena base ou, preferentemente, como agravante genérica, é daquela forma que se tem normalmente apenado os co-autores.

Assim sendo, a nova lei provoca uma situação paradoxal, a ser resolvida na interpretação e aplicação da nova tipificação. Suponha-se a prática de roubo praticado em concurso de agentes e com o emprego de arma verdadeira. A prosseguir o aplicador da lei na orientação predominante, a pena mínima aplicável na espécie é, como visto, de cinco anos e quatro meses de reclusão. Entretanto, se, na mesma hipótese de concurso de agentes, utilizarem eles uma arma simulada, haverá concurso formal de crimes: de um lado, o roubo qualificado pelo concurso de agentes; de outro, o crime previsto no art. 10, § 1.°, II, da Lei 9.437/97. Dessa forma, a pena mínima para este fato será de seis anos, dois meses e vinte dias, ou seja, a pena de cinco anos e quatro meses para o roubo qualificado pelo concurso de pessoas, aumentada de um sexto pela ocorrência do concurso formal com o crime de utilização de arma de brinquedo. Tal situação esdrúxula conduz a duas soluções, ambas discutíveis. A primeira delas seria a de se ignorar nessa hipótese a aplicação do novo dispositivo penal, pelo entendimento de que prevaleceria o art. 157, § 2.°, I, do CP com a interpretação que lhe foi dada pela Súmula 174

do Superior Tribunal de Justiça, o que tornaria inócuo o art. 10, § 2.°, I, da Lei 9.437/97. A segunda, seria a de modificar a interpretação de que, mesmo na ausência de outras circunstancias desfavoráveis ao condenado, a pena mínima para o roubo duplamente qualificado teria que ser sempre superior a de seis anos, dois meses e vinte dias, aplicável, no mínimo, quando o crime é praticado com simulacro de arma, o que levaria a uma punição mais severa do dispositivo para afastar o equivoco da nova lei. Caberá, pois, aos nossos egrégios tribunais a difícil tarefa de escolher entre essas duas posições.

4. Utilização de arma simulada em outros crimes

Não bastasse o problema criado quanto a utilização de arma no roubo e na extorsão, criou a lei com a novo tipo penal outra questão. De maneira genérica incrimina-se como crime autônomo a conduta de quem utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma para o fim de cometer qualquer crime. E mais uma vez, numa interpretação literal, se faz sentir o despautério legal. Suponha-se a prática de um crime de estupro praticado por meio de ameaça consistente na utilização de uma arma verdadeira. Não prevendo o art. 213 do Código Penal qualquer qualificadora, a pena mínima para o autor do delito é o previsto nesse dispositivo, ou seja, seis anos de reclusão. Suponha-se, porém, que a ameaça é realizada com a utilização de arma simulada. Nesse caso, haveria um concurso formal próprio dos dois delitos: o do estupro e o de utilização de arma de brinquedo, obrigando a que, por força do art. 70, *caput*, do Código Penal, ao se aplicar a sanção mínima, a pena do estupro seja aumentada de um sexto, ou seja, de um ano, num total, portanto, de sete anos de reclusão. É evidente que não se pode chegar a conclusão de que deve ser apenado mais severamente aquele que se utiliza de arma simulada em contraposição ao autor que utiliza uma arma verdadeira. Nesse caso, porém, a solução só pode ser uma interpretação restritiva fundada na *ratio legis*, que é de o de não deixar dúvida que deve ser agravada a pena pela utilização de arma de brinquedo, com sanção menos severa daquela prevista para a utilização de arma verdadeira. Assim, o art. 10, § 1.°, II, da Lei 9.437 só pode ser aplicado quando para o crime praticado pelo agente se prevê, no Código Penal, a majorante da utilização de arma verdadeira. Estão nessa categoria, no Código Penal, os crimes de constrangimento ilegal (art. 146, § 1.°), roubo (art. 157, § 2.°, I) extorsão (art. 158, § 1.°), em que o emprego de arma configura uma causa especial de aumento de pena. Nos demais crimes praticados com a utilização de arma simulada não é cabível a aplicação do dispositivo em discussão.

Além dessas dificuldades, deve-se lembrar ainda que há alguns doutrinadores que consideram inconstitucional a punição pelo uso de arma de brinquedo por ofender o dispositivo o principio da lesividade. Segundo essa orientação, como os crimes previstos na Lei 9.437/96 atingem a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, o dispositivo seria inconstitucional por não se ofender, com a sua prática, a objetividade jurídica inerente àqueles delitos. A objeção, a nosso ver, não procede, porque nada impede que uma lei penal, ainda que especial, vise a proteção de interesses jurídicos diversos. A utilização de arma simulada, embora não lese a incolumidade pública, é certamente idônea para que se perpetre a ameaça como elemento constitutivo de inúmeros delitos em que há lesão a bens jurídicos diversos, como a liberdade individual, o patrimônio, a liberdade sexual etc. De qualquer forma, o novo

tipo penal se constitui em mais uma questão a ser discutida em nossos tribunais sobre a aplicação da malfadada disposição legal.

5. Disposição inaplicável

Criticável também, e inaplicável é o disposto no art. 10, § 30, IV, da Lei 9.437/97. 0 referido parágrafo define novos crimes: suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato (inc. I): modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito (inc. II); e possuir, deter fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização (III). Comina para essas infrações as mesmas penas do § 2.°, reclusão de dois anos a quatro meses e multa, quando os crimes definidos no art. 10, caput e seu parágrafo 1.° têm como objeto material "arma de fogo ou acessórios de uso proibido ou restrito". Entretanto, no inc. IV, em vez de definir um ilícito, prevê a mesma pena para quem "possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". É evidente que não se está tipificando uma conduta criminosa, já que seria inadmissível incriminar-se o simples fato de ter alguém condenação anterior, o que constituiria um bis in idem inaceitável.

Poder-se-ia cogitar que o dispositivo configure uma qualificadora de outros ilícitos, mas tal não se dá, em nosso entendimento. Segundo o § 3.°, está simplesmente cominada a pena de dois a quatro anos de reclusão a quem "possua condenação anterior". Assim, como visto, o inc. IV não está adequado ao § 3.°. De outro lado, também não pode a disposição referir-se caput ou ao § 1.° do art. 10, como já se tem afirmado. Isto porque a lei estaria equiparando para efeito de punição, com a pena de dois a quatro anos, ilícitos de gravidade diversas, ou seja, de condutas que tenham como objeto material arma de fogo de uso permitido e arma de fogo de uso proibido ou restrito, os quais, conforme a própria lei, são passíveis de sanções diferenciadas. Além disso, diante da posição topográfica do dispositivo, que se segue ao § 2.° e interrompendo este qualquer liame com os dispositivos anteriores, essa solução viola o elemento sistemático necessário à qualquer interpretação. Caso fosse a intenção da lei tipificar como qualificados os crimes definidos no art. 10, *caput*, e § 1.°, a disposição sobre a condenação anterior teria que se seguir a esses dispositivos e nunca ao § 2.°. É realmente inacreditável a desídia se não a incapacidade com que o legislador elaborou a lei em exame, inserindo disposição que, para nós, é de todo inaplicável.

6. Causa de aumento de pena

Prevê ainda o § 4.° do art. 10 que a pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público. Pela colocação desse dispositivo, último no que diz respeito aos crimes e as penas, dá-se a entender que essa causa de aumento de pena se aplica a todos os crimes definidos no art. 10 da Lei 9.437, de 20.02.97. Visava o legislador, ao que parece, o que seria compreensível, punir mais severamente os agentes policiais que praticam um dos ilícitos definidos no referido diploma legal com abuso de poder ou violação de dever funcional. 0 Código Penal prevê, por essa razão, qualificadoras ou causas agravantes em crimes não funcionais quando o servidor pratica determinados crimes abusando de poder ou da função ou violando dever funcional. Assim, há qualificadora no caso de violação de correspondência e outros "se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico" (art.

151, § 3.º); de falsidade de títulos e outros papéis públicos "se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo" (art. 295); de falsificação de selo ou sinal pública, de documento público, de falsidade ideológica pela mesma razão (arts. 296, § 2.º, 297, § 1.º, 299, par. ún.) etc. No caso, entretanto, ao invés de se referir ao abuso de poder ou violação do dever a lei prevê uma considerável causa de aumento de pena (metade) simplesmente porque o agente é servidor público. Assim, a simples condição do condenado por um dos ilícitos previstos na lei de exercer um cargo ou função pública levaria à agravação excepcional da pena. A aplicação da lei, por essa razão, exige uma interpretação restritiva sob pena de ser considerada a norma penal violadora do preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei. Não é possível dar-se tratamento diverso, mais severo, ao servidor público apenas por essa qualidade. Deve-se, portanto, entender que a finalidade da lei é tratar mais severamente apenas os servidores públicos que, ao praticarem um dos delitos enumerados na Lei 9.437/97, abusam de poder ou da função ou violam deveres inerentes ao cargo. Só dessa forma se pode afastar a inconstitucionalidade do dispositivo.

7. Revogação na Lei das Contravenções Penais

Ao dispor exaustivamente sobre crimes ligados à aquisição, registro, porte, alteração, disparo etc. de arma de fogo o art. 10 da Lei 9.437/97 afasta a incidência dos dispositivos que tratam do assunto na Lei das Contravenções Penais (arts. 18, 19 e 28). É de se ponderar, entretanto, que nem todas as disposições do Dec.-lei 34.688, de 03.10.41, estão revogados. Basta lembrar que os arts. 18 e 19 da LCP referem-se indistintamente às armas de fogo e às armas brancas. Como a nova lei só faz referência às primeiras, permanecem em vigor os dispositivos que incluem no tipo penal, a fabricação, importação, exportação, depósito, venda e porte de armas brancas. O art. 28, entretanto, está revogado, aplicando-se agora ao fato nele descrito o art. 10, § 1.º, inc. III, da Lei 9.437.

8. Vigência da lei

Nos termos do art. 20 da Lei 9.437, o art. 10 entraria em vigor "após o transcurso do prazo de que trata o art. 5.º" do mesmo diploma. Neste se concede "o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo", a partir da data da sua promulgação, que se deu em 20 de fevereiro de 1997, para que o proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo possa promover o registro de arma não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensado de comprovar a sua origem, mediante requerimento, na conformidade do regulamento. A primeira vista, portanto, a lei entraria em vigor no dia 21 de agosto de 1997. Entretanto, o Dec. 2.222, que regulamenta a lei em estudo, só foi editado em 8 de maio de 1997 e, em seu art. 9 , dispõe: "Durante o período a que se refere o art. 5.º da Lei 9.437, será concedido registro de arma de fogo de uso permitido, ainda não registrada, independentemente de limites de quantidade e comprovação de origem". Duas interpretações são possíveis a respeito dessa disposição. A primeira delas é de que o "período" a que se refere é o de seis meses a contar da promulgação da lei, de modo que a vigência das normas penais iniciou-se em 21 de agosto de 1997. Numa segunda orientação, o decreto se refere a um prazo de seis meses a contar de sua edição, ou seja, a partir de 8 de maio de 1997, tendo-se como inicio de vigência da lei incriminadora o dia 9 de novembro de 1997. Parece-nos mais correta

esta interpretação já que o art. 5.º da Lei 9.437 prevê justamente a possibilidade de prorrogação do prazo pelo Poder Executivo. Além disso, a lei assegura o direito do registro especial da arma, sem maiores formalidades, por um período de seis meses e esse prazo não poderia correr antes do inicio de vigência do decreto que a regulamenta. Adotando-se a primeira orientação, estar-se-ia suprimindo, pela demora na edição da regulamentação, um direito assegurado em lei. Dessa forma, o melhor entendimento, inclusive para propor maior segurança na aplicação das normas incriminadoras, é de se optar por esta solução, que, aliás, possibilita o conhecimento dos novos dispositivos penais aos seus eventuais destinatários.

Evidentemente, o autor dos fatos descritos na Lei das Contravenções Penais cometidos até a vigência da nova lei são regidas por aquele Estatuto, mais benigno do que esta.

2. DOUTRINA NACIONAL

A LEI N.º 9.455/97 REVOGOU O ART. 2.º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

NEY MOURA TELES

SUMÁRIO: 1. A Lei 8.072, dos crimes hediondos – 2. A Lei 9.455/97, dos crimes de tortura – 3. A finalidade da nova lei – 4. Descobrindo a vontade da lei – 5. O sub-sistema de restrições da nova lei é incompatível com o da Lei 8.072/90 – 6. A nova lei regulou inteiramente a matéria restritiva da lei anteior.

O art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, dispõe: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

Determinou, portanto, ao legislador ordinário: a) definisse os crimes de tortura, de terrorismo e os hediondos – os de tráfico já se encontravam definidos – e b) proibisse, quanto a esses crimes, a concessão de fiança, graça ou anistia. Explicou, ainda – desnecessariamente, aliás – que por tais crimes respondem todos quantos para eles concorrerem, inclusive por omissão.

1. A Lei 8.072, dos Crimes Hediondos

Quase dois anos depois, vem ao mundo jurídico a Lei 8.072, de 25 de julho de 1.990, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, que, no entanto, não se limitou a definir tais crimes. Esta lei, como tem sido comum no Brasil, tratou de várias questões penais e processuais penais, como se mostra.

No art. 1.º (ao depois alterado pela Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994), relacionou os tipos legais de crimes que considerou hediondos, inclusive as tentativas deles, e, nos arts. 6.º e 9.º, aumentou as penas de vários dos crimes hediondos, criando um caso de diminuição de pena (delação premiada) para o crime hediondo de extorsão mediante sequestro (art. 7.º). Assim, nestes artigos (1.º, 6.º, 7.º e 9.º), a Lei 8.072/97 cuidou exclusivamente de crimes hediondos.

Nos arts. 2.º, 5.º e 8.º, a Lei 8.072/90 tratou de todos aqueles crimes referidos no art. 5.º, XLIII, da CF: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os hediondos, em outras palavras, os crimes hediondos e os a ele assemelhados ou equiparados. No art. 2.º, estabeleceu restrições para acusados e condenados por crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória), impôs regime fechado integral para o cumprimento de penas, exigiu que o direito de apelar em liberdade fosse concedido somente em decisão fundamentada, e dilatou o prazo de prisão temporária para os tais crimes, e no art. 5.º (o 4.º foi vetado) impôs tempo maior de cumprimento de pena (2/3) para a obtenção do livramento condicio-

nal, para os condenados por crimes hediondos e assemelhados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes) não reincidentes específicos em crimes dessa natureza. No art. 8.º, criou uma nova modalidade de crime de quadrilha e bando, quando a associação criminosa tiver por finalidade o cometimento de crimes hediondos ou assemelhados (art. 8.º), definindo, como causa de diminuição de pena, a delação premiada (par. ún., art. 8.º).

Além disso, no art. 3.º mandou a União manter estabelecimentos prisionais de segurança máxima para condenados de alta periculosidade, não se referindo a quaisquer daqueles crimes, tratando-se, portanto, de uma norma geral. No art. 10, mandou contar em dobro, prazos procedimentais estabelecidos pela Lei 6.368/76, para os crimes tipificados nos arts. 12, 13 e 14.

Em resumo, a Lei 8.072/90 contém dispositivos relativos a cinco matérias bem delimitadas: a) definição de crimes hediondos, com modificação de preceito sancionatório e criação de causa específica de diminuição de pena; b) imposição de restrições penais e processuais penais para acusados e condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos; c) criação da modalidade de crime de associação criminosa para o cometimento de tais crimes e uma causa específica de diminuição de pena; d) criação do encargo, para a União, da manutenção de presídios federais; e) duplicação de alguns prazos procedimentais estabelecidos na Lei 6.368/76.

Vê-se, pois, que a Lei 8.072/90 contém normas de cinco matérias distintas. Uma das matérias tratadas, a das restrições impostas aos acusados e condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos, alcançou preceitos de natureza penal (anistia, graça, indulto, regime fechado) e outros de natureza processual (liberdade provisória, direito de apelar em liberdade e prazo de prisão temporária).

2. A Lei n.º 9.455/97, dos Crimes de Tortura

Quase uma década após a promulgação da Constituição de 88, entra em vigor a Lei 9.455, de 07.04.1997, definindo os crimes de tortura e criando casos de aumento de pena, inclusive por resultado mais grave (art. 1.º, §§ 1.º a 4.º), tratando, ainda, de efeitos da condenação (art. 1.º, § 5.º), de restrições constitucionais de natureza penal e processual aos condenados por tais crimes, e do regime de cumprimento de pena (art. 1.º, §§ 6.º e 7.º), e criando mais um caso de extra-territorialidade da lei penal brasileira (art. 2.º).

Mais uma vez, o legislador brasileiro, num único diploma legal, tratou de matérias absolutamente distintas: a) tipificação de crimes e criação de causas de aumento de pena; b) imposição de restrições de natureza penal e processual penal para acusados e condenados por crimes de tortura; c) criação de mais um caso de extra-territorialidade da lei penal.

A matéria que interessa, no âmbito deste primeiro estudo sobre a nova lei, a das restrições impostas aos acusados e condenados por crime de tortura, abrange normas de natureza penal (graça ou anistia e regime de cumprimento de pena privativa de liberdade) e processual penal (fiança).

Viva no mundo jurídico a Lei 9.455/97, a pergunta se impõe: a vontade da nova lei é, simplesmente, definir os crimes de tortura, e dar-lhes tratamento restritivo específico, mais brando que o concedido aos crimes hediondos, de tráfico e terrorismo, ou diferentemente, conferir, também a estes crimes, assemelhados aos de tortura, tratamento restritivo penal e processual penal equânime e

isonômico? Esta é a indagação que se procurará doravante responder.

3. A finalidade da nova lei

Para se descobrir a vontade da nova lei, convém trazer à lembrança as sempre justas e pertinentes lições de GIUSEPPE BETTIOL: "A lei não é considerada em sentido 'rígido' mas em sentido 'flexível', enquanto exprime uma vontade que se ajusta às novas situações e possibilidades. (...) Não vai pois a interpretação considerada como uma atividade que se manifesta fora do tempo e do espaço, mas como um atuar incrustrado – até que a norma não tenha sido ab-rogada – no ambiente histórico em que o juiz vive e age. Já se vê portanto que, à pureza de um juízo lógico 'anti-histórico', reage o ambiente social em que a norma deve ter aplicação. Mas é que de uma lógica abstrata não será o caso de falar-se, a propósito de interpretação da norma penal. Se o escopo é buscar o significado de um 'querer' encerrado no cerne da norma, não se colhe o próprio querer na linha de um procedimento lógico-formal, porque a 'vontade' da norma apresenta uma direção finalista enquanto tutela de um 'valor'. A lógica do intérprete deve endereçar-se também a este valor, que dá tom e característica ao querer da norma; deve ser portanto uma lógica finalista, uma teleológica".[1]

De início, voltem-se os olhos para o preceito inserto no art. 5.°, XLIII, da CF, que determinou à lei ordinária desse tratamento diferenciado, restritivo, a uma categoria de crimes muito graves: tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e os hediondos. De notar que o primeiro dos gêneros de crimes referidos foi exatamente o da tortura, certamente por ser o mais grave deles. O preceito constitucional, portanto, considerou assemelhados ou equiparados uma categoria de crimes, determinando tratamento restritivo isonômico e equânime.

Em outras palavras, a norma constitucional mandou o legislador elaborar leis ordinárias, dando aos crimes de tortura e aos seus assemelhados, tratamento diferenciado do dispensado aos demais crimes, consistente na impossibilidade de fiança, graça e anistia. Nada mais. Esta foi a ordem constitucional.

A primeira determinação constitucional, de vedar a concessão de fiança, anistia e graça aos acusados e condenados pelo crime de tortura e aos ele assemelhados foi obedecida pelo legislador da Lei 8.072/90, que, ademais, construiu rol de crimes, que passaram, então, a ser considerados hediondos. Sobre cada um dos tipos selecionados, pregou-lhes a etiqueta, o rótulo, de *hediondo.*

Não satisfeito, e influenciado pelo movimento da Lei e da Ordem, o legislador foi além das sandálias, impondo, aos condenados por crimes de tortura, tráfico, terrorismo e os então definidos hediondos, o cumprimento das penas integralmente em regime fechado, proibindo para eles a concessão de liberdade provisória, aumentando o prazo de prisão temporária, determinando que o juiz deliberasse fundamentadamente sobre o direito de apelar em liberdade, majorando as penas de vários dos crimes considerados hediondos, e criando causas de aumento e de diminuição de penas.

Passados seis anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, é indiscutível o fracasso de seus propósitos. Dando tratamento mais severo para os condenados pelos crimes mais graves, especialmente os de *extorsão mediante sequestro, tráfico de entorpecentes, estupros* e *atentados violentos ao pudor,* como se buscando a combater essa forma de criminalidade, e objetivando, é de todo óbvio, a

(1) Em Direito Penal, vol. 1, Ed. RT, p. 152/153

sua contenção, a lei, além de não ter contribuído para nenhuma redução de quaisquer dos índices dessa criminalidade, revelou-se verdadeiro fator do surgimento de outros fenômenos indesejáveis: a rebelião, os motins nos presídios e as fugas.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ao combater o dispositivo que impunha o cumprimento da pena em regime fechado integral, vislumbrava com lucidez: "A determinação contida no § 1.º do art. 2.º ("a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado") é fruto – só pode ser isso – da mais completa ignorância a respeito do sistema progressivo de execução da pena adotado pela reforma penal brasileira de 1984, a respeito do qual salientei, na conferência proferida no encerramento do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária de 1981, "o seguinte": "Em relação à pena de prisão, instituiu-se um subsistema verdadeiramente progressivo, sem possibilidade da perpetuação da segregação social, para cumprir-se o mandamento constitucional do art. 153, § 11 da Carta Magna. E deu-se a essa discutida pena o caráter de "pena programática", ou seja, de algo que se modifica dentro de certos limites e certas garantias, no curso da execução, por atuação da Administração da Justiça e do próprio condenado, segundo o seu mérito ou demérito. Com isso, abre-se uma concreta esperança, para todo condenado, no sentido de poder conquistar, por seu próprio esforço, a liberdade, bem inalienável de todo ser humano. Essa esperança na liberdade que, para o preso, deve significar uma conquista, é o único ingrediente, de que se pode valer o aparelhamento penitenciário para impregnar a execução da pena de algum utilitarismo, de sorte a não transformá-lo em mero castigo, dentro de algum retributivismo kantiano, formal e desalmado. (...) É lamentável que um legislador desatento e mal assessorado tenha retirado da Administração da Justiça esse precioso instrumento de manutenção da disciplina no interior dos estabelecimentos penais. Sim, porque, sem o benefício do sistema progressivo, o condenado só terá um caminho para antecipar a liberdade: a rebelião ou a fuga".[2]

É, portanto, em momento de constatação do fracasso da Lei dos Crimes Hediondos, que o Congresso decreta a nova lei, que é, finalmente, sancionada e entra em vigor.

Tudo indica que veio ao mundo não só para definir os tipos de tortura, mas ainda para revogar alguns dos dispositivos da Lei 8.072/90, acabando com suas imperfeições, seus defeitos, sua rigidez, sua severidade, sua brutalidade, sua estupidez, enfim, suas ignominiosas restrições aos mais comezinhos direitos processuais dos acusados. Veio para corrigir o que estava errado, para erradicar os abusos, para riscar da história do direito penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar dispositivos que feriram a Constituição não poucas vezes.

Como chegar-se a conclusão tão firme?

4. Descobrindo a vontade da lei

Dentre as regras que presidem a boa interpretação da lei, importam, aqui, as seguintes: a) o princípio da isonomia, b) a equidade; e c) o elemento sistemático na interpretação finalística.

O princípio de *isonomia*, também chamado princípio de igualdade perante a lei, ou de igualdade formal, inserto no art. 5.º, *caput* e inciso I, na lição de PONTES DE MIRANDA, "dirige-se a

(2) Crimes Hediondos, em Fascículos de Ciências Penais, n. 2, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1992

todos os poderes do Estado. É imperativo para a legislatura, para a administração e para a Justiça. (...)[3]. Dele decorre, portanto, a ordem para o legislador tratar os indivíduos de modo igualitário, como bem distingue PINTO FERREIRA: "Tal princípio deve ser apreciado com uma dupla perspectiva: igualdade na lei e igualdade perante a lei, esta pressupondo a lei elaborada"[4].

A lei deve dar tratamento isonômico aos iguais, vale dizer, aqui, aos crimes que a lei fundamental considerou equivalentes, equiparados ou assemelhados, pela sua gravidade, como é o caso da tortura, do terrorismo, do tráfico e dos hediondos. Se o preceito constitucional equiparou os quatro gêneros de crimes, impondo-lhes restrições que não impôs, em conjunto, a qualquer outro gênero de crimes, cabe ao legislador ordinário dar tratamento igualitário a todos esses gêneros de crimes. Não poderia, por exemplo, tratar os crimes de terrorismo de modo mais brando nem mais severo que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, nem conferir aos crimes de tortura tratamento mais duro, nem mais benigno, que o dispensado aos crimes hediondos.

A *equidade,* como ensina ESPÍNOLA FILHO "não é, de modo algum, fonte do direito, mas é um expediente técnico, de atender na aplicação das fontes do direito, isto é, no ajustamento da norma ao caso apresentado. De fato, a equidade, tanto na doutrina, como nos sistemas legislativos modernos, não passa de uma propriedade, ou qualidade, que a lei tem, de se adaptar às circunstâncias do caso concreto, segundo estes critérios: 1.°) as coisas e relações iguais devem ser tratadas de modo igual, e as coisas e relações desiguais, ou diferentes, devem ser tratadas de modo desigual, diferente; (...) 3.°) entre as soluções logicamente possíveis, deve preferir-se, sempre, a que for mais branda, mais moderada e mais humana, pois, como acentuou REGELSBERGER, corresponde ao nosso sentimento de equidade, o modo de tratar uma relação prática, que se torna justo, pela sua própria natureza, com a tendência sempre para o brando, para o moderado, para o humano".[5]

Tendo a Carta Magna equiparado, expressamente, os crimes de tortura aos de terrorismo, ambos aos de tráfico de entorpecentes, e todos estes aos que a lei definisse hediondos, de toda obviedade que criou uma classe de crimes assemelhados, equiparados.

Gêneros de crimes equiparados, assemelhados, pela norma maior, devem ser tratados de modo igual. Assim, as restrições de natureza processual devem ser as mesmas e as proibições de obtenção de benefícios penais também devem ser as mesmas. Afinal, tais crimes têm uma característica que os une: a *gravidade.* Este sinal característico, impondo maior reprovação, e que vai se materializar na qualidade e na quantidade das sanções cominadas, fez com que o legislador constituinte reunisse-os sob a necessidade de merecer, também, algumas restrições, proibindo a fiança e a concessão de graça ou anistia.

A lei que primeiramente tratou dessa matéria, a 8.072/90, fê-lo, é sabido, exorbitando, restringindo mais do que a Constituição mandou, pelo que agrediu-a. A Lei 9.455/97, sabiamente, ajustou-se ao mandamento constitucional. Ao fazê-lo, revogou a exorbitância.

(3) Comentários à Constituição de 1946, v. I, p. 165, Henrique Cahen Editor, Rio.

(4) Comentários à Constituição Brasileira, v. I, arts. 1.° a 21, Saraiva, São Paulo: 1989, p. 62).

(5) Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. I, p. 184, Freitas Bastos, 1943.

A nova lei é, assim, em todos os seus dispositivos pertinentes aos crimes de tortura, mais benéfica que lei 8.072/90. Sua intenção não pode ser a de cuidar apenas da tortura, mas também dos seus assemelhados.

Essa intenção, não expressa, da lei, exsurge cristalinamente de todo o seu espírito, que é o do aperfeiçoamento da legislação penal brasileira, recuperando princípios constitucionais necessários a uma política criminal eficiente, sem olvidar a proteção dos interesses da sociedade, tratando rigorosamente os crimes de maior potencial ofensivo, ao tempo em que observa a necessidade de valorizar a essência humana presente nos delinquentes.

O elemento *sistemático* da interpretação finalística também indica essa conclusão. Como ensina BETTIOL, "há, no seio das normas *uma ordem sistemática* frequentemente decisiva para a interpretação teleológica. As normas, na verdade, não vivem como "mônadas" isoladas, como meras individualidades entre as quais não há nenhuma relação de parentesco, mas se reagrupam entre si com base em critérios teleológicos superiores aos escopos singulares próprios de cada uma das normas"[6]. A importância da interpretação sistemática resplandece grandiosa na lição de ESPÍNOLA FILHO: "...sempre se apontou, como circunstância capaz de elucidar as disposições obscuras, a sua comparação, o confronto com outros dispositivos, tratando da mesma matéria, ou de matérias diferentes, em forma que, não só a lei no seu conjunto, e também todo o sistema da legislação formem um feixe, cujas partes componentes são solidárias".[7]

Se a nova lei não tivesse revogado o art. 2.º da Lei 8.072/90, haveria, doravante, tratamentos diferenciados para crimes assemelhados. Crime hediondo: inafiançável, insuscetível de indulto, graça ou anistia, com a impossibilidade de liberdade provisória, o cumprimento de pena em regime fechado integral, e prisão temporária por 30 dias. Crime de tortura: inafiançável, insuscetível de graça ou anistia, com a possibilidade de concessão de indulto, de liberdade provisória, o cumprimento de pena progressivo, e prisão temporária por 5 dias.

Evidente que se assim fosse, estas duas leis não formariam aquele feixe com todas as suas partes solidárias. Reinariam a desarmonia, a incongruência, a incoerência, a desigualdade, o verdadeiro caos. Crimes de potencial ofensivo equivalentemente graves, tratados de forma diferenciada. Transportando ambas as normas para a vida prática surgiriam alguns absurdos:

a) Condenado por crime de atentado violento ao pudor, a oito anos de reclusão, cumprirá a pena integralmente no regime fechado. Condenado por crime de tortura, seguida de morte, a uma pena de oito anos de reclusão, cumprirá apenas 1/6 no regime fechado, podendo progredir. Qual dos crimes é o mais grave?

b) Condenado por estupro, a pena, mínima, de seis anos, deverá cumprí-la integralmente em regime fechado. Condenado por crime de tortura seguida de lesão corporal gravíssima, por exemplo, a extirpação do órgão sexual masculino, a pena de seis anos, terá direito à progressão. Qual crime é mais grave?

c) Nos dois exemplos anteriores, os acusados do atentado violento ao pudor e do estupro, não poderão obter liberdade provisória, ao passo que os agentes das duas espécies de tortura poderão, ainda quando tiverem cometido o crime contra criança, deficiente ou adolescente.

d) O homicídio qualificado pelo emprego de tortura é crime hediondo.

(6) In op. cit., p. 164

(7) In op. cit., p. 198

Trata-se de crime em que o agente deseja simplesmente matar outrem, utilizando-se, todavia, de tortura, isto é, do emprego de meios que signifiquem "a inflição de mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento".[8] O crime de tortura, seguida de morte, não é hediondo. Neste crime, o agente constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, para, por exemplo, obter uma informação, ou em razão de discriminação racial ou religiosa, e, por negligência, por falta de cuidado, acaba produzindo a morte. O tratamento dado ao acusado e ao condenado pelo homicídio qualificado pela tortura é muito mais severo (não tem direito à liberdade provisória, cumprirá a pena integralmente no regime fechado), do que aquele conferido ao acusado da tortura seguida de morte (pode responder o processo em liberdade e progredir no cumprimento da pena, etc.). Evidente que são crimes de gravidade tal que exigem tratamento equânime e isonômico, como aliás, determinou a Carta Magna.

De toda obviedade que não podem as duas ordens conviver em harmonia. E o Direito é, sobretudo, um conjunto de normas que se harmonizam, que se complementam e que convivem solidamente sem atritos, sem conflitos.

5. O Sub-Sistema de Restrições da Nova Lei é incompatível com o da Lei 8.072/90

A incompatibilidade entre as duas leis, no conjunto dos dispositivos que tratam das restrições penais e processuais é gritante e o § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que a lei posterior revoga a anterior quando "*seja com ela incompatível.*"

Tais contradições não podem existir, é de todo óbvio, pois que o direito há de ser, sempre, um sistema harmônico de normas, não um amontoado de incongruências.

"O princípio cardeal em torno da revogação tácita é o da *incompatibilidade.* Não é admissível que o legislador, sufragando uma contradição material de seus próprios comandos, adote uma atitude insustentável (*simul esse et non esse*) e disponha diferentemente sobre um mesmo assunto. O indivíduo, a cuja volição a norma se dirige, não poderá atender à determinação, se se depara com proibições ou imposições que mutuamente se destroem. Na incompossibilidade da existência simultânea de normas incompatíveis toda a matéria da revogação tácita sujeita-se a um princípio genérico, segundo o qual *prevalece a mais recente*, quando o legislador tenha manifestado vontade contraditória. Um dos brocardos, repetidos pelos escritores, diz precisamente que *lex posterior derogat priori*; e o legislador pátrio adota como princípio informativo do sistema (Lei de Introdução, art. 2.º, § 1.º). Mas é bem de ver que nem toda lei posterior derroga a anterior, senão quando uma *incompatibilidade* se erige dos seus dispositivos. Esta incompatibilidade pode ser o resultado da *normação geral* instituída em face do que antes existia: quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga. Assim, se toda uma província do direito é submetida a nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se colocam as disposições da mais recente".[9]

(8) Mirabete, Manual, p. 72, 11., Atlas.

(9) Caio Mário da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", v. 1, 5., Forense, 1978, p. 123.

Patente e indiscutível a incompatibilidade entre as duas leis, a impossibilidade da convivência harmônica entre as duas categorias de crimes, cada qual com sua disciplina, é de todo óbvio que a lei posterior, face a incompatibilidade com a anterior, simplesmente veio revogá-la, naqueles dispositivos, consoante manda o art. 2.°, § 1.° da Lei de Introdução ao Código Civil.

6. A nova Lei regulou inteiramente a Matéria Restritiva da Lei anterior

A norma do art. 2.°, § 1.°, da Lei de Introdução ao Código Civil afirma que a *"lei posterior revoga a anterior"*, quando regular *"inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*.

Dentre as cinco matérias tratadas pela Lei 8.072/90, uma foi a das *restrições* de natureza penal e processual penal impostas aos crimes hediondos e assemelhados: a *classe* de crimes insuscetíveis de fiança, graça e anistia, criada pela norma constitucional.

A Lei 9.455/97, ao definir os crimes de tortura, impôs-lhes apenas as mesmas restrições determinadas pelo preceito constitucional do inciso XLIII do art. 5.°: *inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia* (§ 6.°,do art. 1.°), e fez questão de esclarecer que o cumprimento da pena privativa de liberdade será iniciado no regime fechado. Indiscutível, pois, a possibilidade da progressão. Quanto à liberdade provisória, ao direito de apelar em liberdade, e ao livramento condicional silenciou.

Verifica-se, com clareza, que a nova lei veio tratar de um dos gêneros de crimes daquela classe de crimes que fora objeto da Lei 8.072/90, mencionados no preceito constitucional.

De todo evidente que a vontade da nova lei é que os "crimes de tortura" recebam tratamento diferenciado do conferido pela Lei 8.072/90, já que não reiterou as restrições nela contidas, como a proibição da liberdade provisória, o que vem atender a um reclame quase que uníssono da mais moderna doutrina e jurisprudência, o que, é de toda obviedade, demonstra a vontade da lei de, corrigindo os defeitos da lei antiga, não mais vedar essa possibilidade.

Inegável que a nova lei veio tratar integralmente dos crimes de tortura, que integram o mesmo sub-sistema penal que fora regulado pela Lei 8.072/90, declarando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (§ 6.°). Em outras palavras, tratou daquela mesma matéria tratada pelo art. 2.° da Lei 8.072/90.

O argumento de que a nova lei não cuidaria inteiramente da mesma matéria contida nos art. 2.° da Lei 8.072/90, por não trazer dispositivo algum acerca da liberdade provisória, do direito de apelar em liberdade, nem da prisão temporária, e que seria apenas uma lei especial em relação à Lei 8.072/90, não merece guarida.

Não há, entre a lei anterior e a lei nova, relação de gênero para espécie. Ambas, a Lei 8.072/90 e a Lei 9.455/97, são especiais em relação ao preceito constitucional do art. 5.°, XLIII, que é a norma genérica, e, ainda, em relação às normas do Código Penal e do Código de Processo Penal, que constituem, cada qual, as normas genéricas penais e processuais.

Não há, ademais, em qualquer dos crimes de tortura tipificados, algum *quid* de *menor* gravidade, que exigisse tratamento mais benigno que o conferido ao terrorismo, aos crimes hediondos e ao tráfico ilícito de entorpecentes. Nada, portanto, que justificasse a construção de uma lei especial em relação à lei que impôs restrições a aqueles crimes. Ao contrário, se algo houvesse, de diferente, nos crimes de tortura, em relação aos demais, o *quid* especializador seria exatamente no sentido de considerá-los de

maior gravidade, uma vez que, pela conformação dos tipos criados, são sempre condutas através das quais alguém, dolosamente, submete alguém a "sofrimentos agudos, físicos ou mentais",[10] com a finalidade de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, ou para provocar ação ou omissão criminosa, ou ainda como forma de aplicar castigo pessoal ou em razão de discriminação racial ou religiosa.

Estes elementos subjetivos, aliados às formas e aos meios de execução, que acarretam sofrimento intenso da vítima, tornam os crimes de tortura de maior gravidade que os hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, se houvesse especialização, ela deveria ser no sentido de dar tratamento mais rigoroso, não ao contrário, como acontece.

Tendo a nova lei, tão especial quanto a anterior, dado novo tratamento penal a um dos gêneros de crimes daquela mesma classe de crimes de grande potencial ofensivo assemelhados pela Constituição, e nada dito sobre liberdade provisória, direito de apelar em liberdade e prazos de prisão temporária e procedimentais, é porque, relativamente a essas questões, desejou sejam aplicadas as normas gerais do Código de Processo Penal, e as da Lei 7.960/89, relativamente à prisão temporária.

Silenciando sobre essas questões processuais, é porque não desejou alterar quaisquer dos sub-sistemas processuais, contidos no Código de Processo Penal e nas outras leis adjetivas. Assim fez porque não desejou conferir tratamento especial quanto à concessão da liberdade provisória, ou do direito de apelar em liberdade, nem quis dilatar prazo de prisão temporária, nem quaisquer dos procedimentais.

Na verdade, o que a nova lei fez foi corrigir as imperfeições da lei antiga, que impunha tratamento rigoroso, quando o que se exige é um tratamento penal severo, mas, ao mesmo tempo, humanitário. Além disso, ajustou-se ao princípio da presunção da inocência, que impede tratamento de condenado a quem ainda não o é.

Com o novo sub-sistema penal criado, no qual retorna a incidência das regras gerais do cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade, substituindo o anterior, substitui-se também, na sua integridade, o sub-sistema processual penal da Lei dos Crimes Hediondos, eivado de inconstitucionalidades, como apontou a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais democrática.

É certo que melhor teria sido se a lei tivesse, expressamente, afirmado a sua vontade de substituir os dispositivos mencionados da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2.º), todavia, a tarefa primordial é interpretar a norma e não censurar ou tecer críticas ao legislador, especialmente quando parte do seu trabalho representa um notável avanço para o direito penal, e até porque *pode ter sido sua vontade deixar para os operadores do direito a verificação da revogação tácita operada.*

Felizmente, o ordenamento jurídico brasileiro ficou livre da parte mais hedionda da famigerada lei dos crimes hediondos. Espera-se, agora, do legislador, dentre outras medidas, a diminuição das penas majoradas pela Lei 8.072/90, restabelecendo-se a harmonia do sistema cominatório original do Código Penal.

(10) da definição de tortura adotada pela Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pelo Dec. Legislativo 4, de 23.05.89, promulgada pelo Decreto Presidencial 40, de 15.02.91.

2. DOUTRINA NACIONAL

POLÍTICA CRIMINAL COM DERRAMAMENTO DE SANGUE

NILO BATISTA

A pena é um meio extremo; como tal é também a guerra. – TOBIAS BARRETO.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. 1914-1964: o modelo sanitário – 3. O modelo bélico – 4. As marcas da guerra.

1. Introdução

Para evitar distorções idealistas, no presente estudo a expressão *política criminal* não se referirá apenas, como no conceito de Zipf, à "obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal"[1], nela se incluindo o desempenho concreto das agências públicas, policiais ou judiciárias, que se encarregam da implementação cotidiana não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo, mas também daqueles outros critérios, silenciados ou negados pelo discurso jurídico, porém legitimados socialmente pela recorrência e acatamento de sua aplicação. Assim, por exemplo, quando a polícia mensalmente executa (valendo-se de expedientes encobridores os mais diversos, da simulação de confronto ao chamamento à autoria de gangues rivais) um número constante de pessoas, verificando-se ademais que essas pessoas têm a mesma extração social, faixa etária e etnia, não se pode deixar de reconhecer que a política criminal formulada para e por essa polícia contempla o extermínio como tática de aterrorização e controle do grupo social vitimizado – mesmo que a Constituição proclame coisa diferente Por outro lado, como pioneiramente entre nós observava Heleno Fragoso, "a política criminal é parte da política social"[2], e essa conexão – melhor diríamos continuidade – pode ser um importante expediente metodológico para o esclarecimento de seus programas e objetivos. Retomando o exemplo anterior, a complacência, indiferença ou mesmo o aplauso para com rotinas policiais de aterrorização e extermínio sinaliza para a incorporação desses instrumentos por parte da política social desenvolvida – por mais que indignações oportunistas ou o sacrifício periódico de bodes expiatórios procurem sugerir coisa diversa.

É nosso objetivo compreender a política criminal para drogas no Brasil e seus reflexos no direito e no processo penal; como se sabe, encontramos hoje uma

(1) Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, trad. M.I. Macías-Picavea, Caracas: 1979, EDR, p. 4.

(2) Lições de Direito Penal, PG, Rio, 1987, Forense, p. 17. Alessandro Baratta observava recentemente que "a contraposição entre política de segurança e política social não é lógica mas sim ideológica" (Defesa dos direitos humanos e política criminal, *in* Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, Rio: 1997, n.º 3, p. 58).

política criminal (sem trocadilho) *dependente* de certas articulações internacionais, que gosta de apresentar-se como uma guerra. De fato, se olharmos o atual cenário americano, que política criminal é essa que contempla operações militares em territórios estrangeiros, que distingue grupos aliados e beligerantes, promove acumulação e intercâmbio de informações em plano internacional e intervenção permanente da rede diplomática, administra orçamentos astronômicos, celebra crescentemente tratados que versam desde compromissos criminalizadores até erradicação de culturas e extradições, passando por patrulhas marítimas e helicópteros, e na qual se pretende envolver a cada dia mais intensamente as forças armadas?

Clausewitz observou, com finura, que "a guerra é um instrumento da política: ela traz necessariamente a marca desta política."[3] Tomemos a primeira guerra do ópio, que começa em 1839, oito anos após a morte de Clausewitz. Temos ali uma guerra em favor do comércio do ópio, em favor dos negociantes ingleses (havia-os também norte-americanos) que levavam o ópio da Índia para a China, como etapa de um circuito comercial tríplice. O conflito opunha de um lado a decisão do imperador chinês de interromper e proibir o comércio e o uso do ópio, e de outro "os enormes investimentos ingleses na produção e distribuição da droga e o papel crucial representado pelos rendimentos do ópio na estratégia da balança de pagamentos internacional da Inglaterra". [4] Sem nenhuma dúvida, a guerra do ópio traz "a marca da política" que a viabilizou: oficialmente, a rainha Vitória nada sabe da droga, mas se preocupa sim com as violências e "injustiças" (leia-se o confisco do ópio) contra seus súditos, e o Parlamento autoriza o envio da frota para obter "reparações" (leia-se indenização pela perda dos estoques de ópio confiscados, afinal avaliados em seis milhões de dólares, conforme o art. 4.º do tratado de Nanquim, cujo art. 3.º entregava a ilha de Hong Kong à soberania inglesa).[5] A condução das operações militares também revela "a marca da política", objetivando uma asfixia em suprimentos externos e um gradual avanço de posições (favorecido pelo fosso tecnológico) que conduza à rendição e ao acordo para as "reparações"; não era uma campanha para destituir o governo nem destruir a nação chinesa (o Parlamento não declarara guerra à China), e por mais que os documentos oficiais o dissimulem, a estratégia incluía a sobrevivência do Estado-devedor e dos consumidores de ópio que haviam criado aquele mercado aparentemente infinito.

Se é relativamente fácil perceber "a marca da política" diante de uma guerra em favor do tráfico de drogas, as coisas se complicam quando pretendemos perceber as características da política criminal que elegeu a própria guerra como método, da política criminal que se vê e se pretende guerra contra as drogas. Teremos que inverter o percurso, e ao invés de, como Clausewitz, procurar na guerra a marca da política, tratar de vislumbrar nessa política criminal as marcas da guerra.

2. 1914-1964: o modelo sanitário

A legislação anterior a 1914, seja aquela inscrita na tradição, que remonta às Ordenações Filipinas (V, LXXXIX),

(3) Clausewitz, Carl von, Da Guerra, trad. T.B.P. Barroso, Brasília: 1979, ed. UnB, p. 743.

(4) Spence, Jonathan D., Em Busca da China Moderna, trad. T.R. Bueno e P.M. Soares, São Paulo: 1995, Cia. das Letras, p. 151.

(5) Spence, *op. cit.*, pp. 165 e 169.

das "substâncias venenosas" (expressão empregada no CP 1890, art. 159), com sabor de delito profissional dos boticários, preventivo do venefício, seja aquela esparsa em posturas municipais, como a proibição do "pito-de-pango" pela Câmara do Rio de Janeiro, em 1830[6], a legislação anterior a 1914 não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica.

Tendo o Brasil subscrito, no próprio ano de 1912, o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, o Dec. 2.861, de 08.07.14, sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovara a adesão. Através do Dec. 11.481, de 10.02.15 – que mencionava "o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína" Wenceslau Braz determinava a observância da Convenção. É nesta ocasião que a política criminal brasileira para drogas começa a adquirir uma configuração definida, na direção de um modelo que chamaremos "sanitário", e que prevalecerá por meio século.

Seis anos depois, o Dec. leg. 4.294, de 06.07.21, sancionado por Epitácio Pessoa, revogaria o art. 159 do CP 1890 para introduzir a hipótese na qual "a substância venenosa tiver qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados, a cocaína e seus derivados" (art. 1.°, par. ún.); foi então que a expressão "*entorpecente*" iniciou sua longa e polissêmica carreira no direito penal brasileiro. Também as disposições sobre embriaguez e venda abusiva de bebidas do CP 1890 (arts. 396, 397 e 398) eram expressamente revogadas, porque o Dec. 4.294/21 disciplinava inovadoramente a matéria, e devemos examinar uma dessas inovações. Distinguindo – ao contrário do CP 1890 – entre a embriaguez escandalosa e a habitual, o decreto estabeleceu que à segunda se responderia com "internação por 3 meses a 1 ano em estabelecimento correcional adequado", solução que viria a influenciar a ainda vigente Lei de Contravenções Penais (art. 62 e par. ún.). Em correspondência a tal solução, os intoxicados "por substância venenosa que tiver qualidade entorpecente" se sujeitavam a uma internação compulsória "para evitar a prática de atos criminosos ou a completa perdição moral" (art. 6.°, § 2.°, al. a). A regulamentação desse decreto legislativo, efetuada dois meses depois através do Dec. 14.969, de 03.09.21, previa a criação do "Sanatório para toxicômanos" no Distrito Federal, mas enquanto isso não ocorresse as internações dos intoxicados – que estavam sujeitos à interdição – se dariam na Colônia de Alienados (art. 9.°, § 5.°). Este Dec. 14.969/21 dispunha também sobre controle das substâncias entorpecentes nos despachos alfandegários e no varejo das farmácias, num esboço que seria rendilhadamente desenvolvido nos anos trinta – como já veremos mais pormenorizadamente –, regulamentando também o procedimento judiciário (art. 15 ss) e prevendo ainda, em seu art. 8.°, responsabilização como autores do droguista, do farmacêutico, do prático, de "qualquer outro comerciante" e finalmente do "particular" que, conforme o caso, vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias, enquanto o "portador e o entregador" seriam punidos como autores, em caso de auxílio necessário, ou como cúmplices sob qualquer outra modalidade participativa: estas disposições sobre autoria e participação tiveram porventura a função de eliminar toda dúvida sobre o caráter comum, não especial (profissional) do crime.

Mas o passo decisivo foi dado com o Dec. 20.930, de 11.01.32, cujas normas

(6) Cf. Nilo Batista, A cura, o êxtase e a transcendência, *in* O D. Gonçalves e F.I. Bastos (orgs.), Só Socialmente, Rio: 1992, Relume-Dumará, p. 60.

criminalizadoras seriam consolidadas por Vicente Piragibe, no espaço do revogado art. 159 do CP 1890. O Dec. 20.930, do qual alguns dispositivos seriam alterados pelo Dec. 24.505, de 29.06.34, teve sua estrutura inteiramente reaproveitada pelo Dec. lei n.º 891, de 25.11.38, que o revogaria. No que tange às normas criminalizadoras, a estrutura proposta pelos três decretos dos anos trinta, submetida a uma cirurgia técnico-jurídica, conduzirá à sóbria fórmula do art. 281 do CP 1940.

É importante ressaltar que esta sucessão de decretos exprime a influência das sucessivas convenções internacionais. Após a Conferência de Haia, de 1912, sucederam-se, sob os auspícios da Liga das Nações, conferências "complementares" em Genebra, em 1925, 1931 e 1936, todas subscritas pelo Brasil e promulgadas internamente[7]. A influência de tais convenções sobre a legislação penal brasileira – essa internacionalização do controle argutamente percebida por Salo de Carvalho[8] – chegara para ficar, e não só caracterizaria todo o período do modelo sanitário como subsistiria, com referenciais distintos, à própria reforma do modelo político-criminal, até porque, como veremos oportunamente, o modelo seria reformado de fora para dentro.

Importa agora ressaltar a influência das convenções internacionais sobre o direito interno. A convenção decorrente da Conferência de 1925 comprometia os países subscritores com uma revisão periódica de suas leis e regulamentos (art. II); com a fiscalização da exportação e importação, de sorte a que fossem expedidas autorizações específicas (art. IV, al. b e arts. XII e XIII); com o registro nos livros mercantis e com a retenção das receitas que prescrevessem substâncias entorpecentes, a serem conservadas "pelo médico ou pelo farmacêutico"(art. VI, al. c). A convenção decorrente da Conferência de 1931 trataria de regulamentar desde os *stocks* de Estado" (art. I, item 4.º; art. IV, item 2.º) até os rótulos de comercialização das drogas (art. XIX), bem como uma troca de informações entre os países "sobre todo caso de tráfico ilícito descoberto" (art. XXIII). E a convenção decorrente da Conferência de 1936 se ocupava principalmente dos problemas de extraterritorialidade colocados pela repressão do tráfico internacional versando, entre outros tópicos, extradição e reincidência internacional (arts. VI, VII, VIII e IX).

Nossa legislação interna correspondente não passa de uma ressonância, certamente decorada com as volutas do bacharelismo tropical, porém uma assumida ressonância dessas convenções. O Dec. 20.930, de 11.01.32, mal enunciada a lista das "substâncias tóxicas entorpecentes em geral", trata de deixar claro sua revisão periódica "de acordo com a evolução da química-terapêutica" (art. 1.º, par. ún.); a licença especial para o fabrico ou comercialização (art. 2.º) bem como o certificado de importação (art. 8.º), registrado em livro próprio (art. 10, § 2.º, e art. 21), com validade anual (art. 15, par. ún.), estão contemplados e regulamentados. A venda ao público depende de receita, que não é restituída mas sim registrada, com número de ordem, em livro "destinado especialmente a esse fim" (art. 3.º, § 1.º), livro este que deve ser aberto, encerrado e rubricado pela autoridade sanitária ou, em sua falta, pelo "juiz togado de primeira instância mais antigo na comarca ou termo" (art. 3.º, § 2.º); tais livros, além disso, estariam "permanentemente sujeitos à inspeção das autoridades sanitária, policial e judiciária, inclusive o Ministério Públi-

(7) Respectivamente através dos decs. 22.950, de 18.07.33, 113, de 13.10.34 e 2.994, de 17.08.38.

(8) A Política Criminal de Drogas no Brasil, Rio: 1996, Luam, p. 20.

co" (art. 3.°, § 3.°), e é claro que da etiqueta comercial da droga deve constar o número de ordem da receita (art. 3.°, § 4.°). Todo o fluxo importador era concentrado na alfândega do Rio de Janeiro (arts. 11 e 14), e qualquer substância proibida destinada a alguém desprovido do certificado de importação era considerada contrabando (art. 19). Para poder intercambiar informações, o Departamento Nacional da Saúde Pública coordenaria dados estatísticos e organizaria "a lista dos indivíduos implicados no tráfico" (arts. 54 e 55). O Dec. 24.505, de 29.06.1934, que alterou algumas disposições do Dec. 20.930, de 11.06.32, preocupou-se com que as receitas fossem grafadas "em caracteres legíveis", com "identificação e residência do médico e do enfermo" (art. 3.°), e lançada num "papel oficial", "fornecido gratuitamente pela repartição sanitária local" (art. 3.°, §§ 4.° e 5.°). O Dec.-lei 891, de 25.11.1938, recicla e revoga o Dec. 20.930, de 11.06.32 (modificado pelo Dec. 24.505, de 29.06.34), fiel à mesma orientação das convenções (temos agora o *"stock"* do Estado" – arts. 11 e 12), capilarizando o controle alfandegário ("guardados debaixo de chave, sob imediata responsabilidade do fiel do armazém" – art. 10, § 5.°), acrescentando a exigência de "guia de trânsito de entorpecentes" para vendas internas (art. 16), e de maior apuro na escrituração daqueles livros ("sem rasuras ou emendas" – art. 17, § 2.°).

O que se depreende com clareza de tais normas é uma concepção sanitária de controle do tráfico, de um tráfico que se alimenta do desvio da droga de seu fluxo autorizado. As drogas estavam nas prateleiras das farmácias ou nos *"stocks"* de uma indústria que apenas suspeitava de seu futuro sucesso comercial, e boticários, práticos, facultativos[9], fiéis de armazém e funcionários da alfândega[10] são os personagens que abastecem de opiáceos ou cocaína grupos reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas: um hábito com horizonte cultural bem definido, sem significação econômica, que desatava a representação social de um "universo misterioso", como disse Rosa del Olmo[11], e mórbido. (A maconha, embora contemplada na listagem dos artigos primeiros, estava fora desse circuito, porque era consumida pelos pobres, ou, para usar as palavras aristocráticas de Hungria, por "gente de macumbas ou da boêmia do *troisième dessous"*[12] ; era a "erva do norte" que figura num samba de Wilson Baptista dos anos trinta.) Não é, contudo, apenas pela consideração do viciado como doente (ainda que tal consideração reforce o

(9) Uma decisão do TJSP, dos anos quarenta, absolvia "o facultativo que, por caridade, sem interesse pecuniário, procurou atenuar o sofrimento de um cliente, prescrevendo-lhe em largo período entorpecentes", esclarecendo que se o médico "deixou de usar papel oficial, não foi intencionalmente, mas porque geralmente não era empregado no lugar e mesmo não existia à disposição dos médicos, na época dos fatos" (RT 168/114-117).

(10) Num processo judicial de 1921, indicado pela Revista Forense como primeira aplicação da nova lei sobre toxicomania, o interdito é um oficial aduaneiro (RF XXXVIII/88). Um dos médicos que subscreveu o laudo, segundo o qual a internação do paciente se recomendava urgentemente para evitar a "completa perdição moral" era Heitor Carrilho. A sentença do juiz Abelardo Bueno da Carvalho cita contudo uma decisão anterior, de 30 de setembro de 1921, do juiz Alfredo Russel, que também foi publicada (RF XXXVII/426), na qual, pelo mesmo fundamento, foi o intoxicado internado no Sanatório Botafogo.

(11) A Face Oculta da Droga, trad. T. Ottoni, Rio: 1990, Revan, p. 29.

(12) Comentários ao Código Penal, Rio: 1959, Forense, v. IX, p. 138.

argumento, como veremos) que este modelo, no qual autoridades sanitárias, policiais e judiciárias exercem – às vezes, fungivelmente – funções contínuas, merece a designação de sanitário: é que se pode perceber claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal; não por acaso, o Dec. 20.930, de 11.06.32, converteu a drogadição em doença de notificação compulsória (art. 44), não por acaso a retenção de partidas irregulares sabe a quarentena, e a manipulação dos extraditandos evoca as precauções com os contaminados. Constituiria um objeto autônomo de estudo aprofundar as correspondências entre medidas dessa política criminal e, no movimento coetâneo de medicalização das instituições, medidas higienistas sobre contágio e infecção no Rio da febre amarela e da varíola, bem como a elaboração teórica racista da Liga Brasileira de Higiene Mental, fundada em 1923, cujos membros, como adverte Freire Costa, sonhavam com "um sistema médico-policial" para trabalhar um de seu tópicos favoritos, o alcoolismo[13].

O usuário de drogas, dependente ou experimentador, não era criminalizado, e Hungria, que transplantou o princípio para o CP 1940, explicava porque: "o viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição (...) o ainda não viciado não deixa de ser uma vítima do perigo de ser empolgado pelo vício, e não um criminoso"[14]. Como eram tratados esse doente e essa vítima? Estabelecido que a toxicomania era doença de notificação compulsória, estavam os usuários de drogas sujeitos a internação, que poderia ser obrigatória ou facultativa, por tempo determinado ou não (Dec. 20.930/32, art. 45): o Dec.-lei 891, de 17.08.38, proibiria "o tratamento de toxicômanos em domicílio" (art. 28). A improvável internação facultativa "a requerimento do interessado" abria espaço para que parentes "até o quarto grau colateral inclusive" (Dec. 20.930/32, art. 45, § 3.º) dispusessem de um precioso instrumento de controle intrafamiliar, através de uma delação com repercussão patrimonial, uma vez que a simples internação, decretada pelo juiz, levava-o a nomear "pessoa idônea para acautelar os interesses do internado", com "poderes de administração", podendo o magistrado, fundado em laudo médico, autorizar a outorga de "poderes expressos nos casos e na forma do art. 1.295 do Código Civil", isto é, alienar e hipotecar bens, entre outros (Dec.-lei 891/38, art. 30). A internação obrigatória, contudo, era muito mais drástica: vejamos como a tratou o Dec.- lei 891, de 25.11.38.

Prevista também para a hipótese de alcoolismo, a internação obrigatória dependia de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, e cabia "quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo ou quando for conveniente à ordem pública" (art. 29, §§ 1.º e 2.º), sendo aplicável igualmente às situações de inimputabilidade vinculadas ao abuso de drogas, na ocasião submetidas à fórmula da "completa perturbação de sentidos e de inteligência" da Consolidação das Leis Penais[15]. Diante de "casos urgentes"(?) a

(13) Jurandir Freire Costa, História da Psiquiatria no Brasil, Rio,1989, ed. Xenon, p. 93. Sobre medicalização das instituições, Roberto Machado et alii, Danação da Norma, Rio, 1978, Graal, pp. 278 ss; sobre as opressões higienistas no Rio de Janeiro, Sidney Chalhoub, Cidade Febril, S. Paulo: 1996, Cia. das Letras.

(14) *Op. cit,* p. 139.

(15) Embora a norma especial (art. 45, § 2.º, al. *b* Dec. 20.930/32 e, depois, art. 29, §

polícia podia tomar a iniciativa de efetuar "a prévia e imediata internação fundada no laudo de exame, embora sumário, efetuado por dois médicos idôneos" (art. 29, § 4.°), devendo instaurar-se o procedimento judicial em cinco dias após a internação, levada a efeito "em hospital oficial para psicopatas" ou particular fiscalizado (art. 29, § 6.°). A simples necessidade de "observação médico-legal" autorizava o juiz a ordenar a internação (§ 5.°) . Todo diretor de hospital que recebesse toxicômanos para tratamento estava obrigado a comunicar o fato à autoridade sanitária, que por seu turno o transmitiria à polícia e ao Ministério Público; o diretor, na linha do controle burocrático e suspeição generalizada, deveria comunicar "a quantidade de droga inicialmente ministrada" e quinzenalmente "a diminuição feita na toxiprivação progressiva"(§§ 7.° e 8.°). Se o ingresso em tais nosocômios parecia bastante facilitado, a saída era complicada, dependendo sempre (ainda que não apenas) de uma atestação médica de cura; a pretensão de retirar-se voluntariamente o paciente deveria ser comunicada ao juiz pelo diretor do estabelecimento particular, seguindo-se sua transferência forçada (§ 9.°); a disciplina do Dec. 20.930, de 11.01.32, outorgava ao diretor do hospital particular no qual o toxicômano se houvera internado facultativamente o poder de, discordando da alta, oficiar ao Ministério Público "mantida a internação pelo prazo de cinco dias" (art. 46, § 7.°)! Quando a alta era concedida, a autoridade sanitária notificava a polícia "para efeito de vigilância" (Dec.- lei 891/38, art. 29, § 10). Cabia, é claro, ao internado que se entendesse curado uma reclamação para postular do juiz o exame pericial que lhe abriria as portas do estabelecimento (§ 13). Incontestavelmente, a alta do paciente não era uma decisão médica e sim uma decisão judicial, assimilável a um alvará de soltura, informada por um parecer médico (art. 3.°, § 4.°). Além do *deficit* imposto a sua capacidade jurídica, variando da nomeação do curador para casos de simples internação, até a interdição plena, com equiparação aos absolutamente incapazes (art. 30, § 5.°), estava o interdito sujeito a licenciamento temporário do cargo público que ocupasse (art. 31). Esta síntese das regras que disciplinavam as respostas jurídicas à drogadição dispensam qualquer outro argumento quanto à adequação da designação "modelo sanitário". Em sua monografia sobre o alcoolismo, o primeiro Evaristo de Moraes designava tal sistema por "assistência coactiva", semelhante – dizia ele – "a que se aplica hoje aos pestosos, e que se aplicará, no futuro, aos sifilíticos em período de contágio"[16].

Examinemos, por fim, as normas penais. O Dec. 4.294/21, abstraídos os casos de embriaguez previstos, se restringia a punir as condutas de "vender, expor à venda ou ministrar" as "substâncias venenosas que tivessem qualidade entorpecente": a posse ilícita não era punida[17]. Já o Dec. 20.930, de 11.01.32, promoveu uma intervenção penal muito mais ampla e drástica. O tipo básico do

2.°, al. *b* Dec.- lei 891/38) prescrevesse internação obrigatória para casos de "impronúncia ou absolvição" decorrentes de tais situações, entendia-se , já no regime do CP 1940, que "não exclui a responsabilidade a embriaguez provocada pelo uso de entorpecentes" (RF LXXXV/478).

(16) Ensaios de Pathologia Social, Rio: 1924, L. Ribeiro, p. 134.

(17) "Não incide nas penalidades cominadas pelo Dec. 4.291, de 06.07.21, o indivíduo em cuja casa é encontrado frasco de cocaína, escondido sob um colchão. O que a lei define como contravenção é vender, expor à venda ou ministrar (...) entorpecente, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários" (RF XLV/568).

tráfico começa a acumular núcleos ("vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar" – art. 25), antecipando o fenômeno que Zaffaroni designará por "multiplicação dos verbos"[18], além de contemplar todo e qualquer induzimento ou instigação ao uso. Os infratores médicos, cirurgiões-dentistas, farmacêuticos ou que militassem em qualquer profissão ou arte que favorecesse a prática do crime sujeitavam-se ainda à suspensão temporária do exercício profissional (no caso dos médicos, por 4 a 11 anos). A posse ilícita foi criminalizada (art. 26), bem como a prestação de local (art. 27) e a receita fictícia (art. 28): aí está o figurino do art. 281 CP 1940. A receita fictícia consistia num crime de perigo presumido, construido numa modalidade como norma penal em branco ("prescrever o uso de qualquer substância entorpecente com preterição de formalidade necessária", que poderia ser por exemplo o "receituário oficial") e em outras como infração indeterminada a norma técnica ("em dose evidentemente mais elevada que a necessária ou fora dos casos indicados pela terapêutica") : nem o polimento gramatical aplicado por Hungria resgataria os vícios desse tipo, indicador da importância do eixo médico-farmacêutico no acesso às drogas ilícitas. Aliás, o profissional que prescrevesse "continuadamente" substâncias entorpecentes poderia ver-se "declarado suspeito" pela autoridade sanitária, sendo seu receituário submetido a "fiscalização especial e rigorosa (...) ficando as farmácias proibidas de aviar-lhe as receitas sem o *visto* da autoridade sanitária local" (art. 29). A importação de entorpecentes por via aérea, ou postal, ou qualquer outra inobservância das regras próprias era punida com uma pena fixa de quatro anos de prisão celular (art. 30). Toda violação aos regulamentos de controle era punível com multa, e na reincidência prisão de seis meses a dois anos (art. 32) . O tráfico e a importação irregular eram inafiançáveis (art. 33). O condenado, por qualquer delito, que fosse funcionário público perderia o cargo; se fosse aluno de estabelecimento de ensino "de qualquer grau, público ou particular", seria excluído e teria a matrícula trancada pelo tempo da pena (arts. 34 e 37). A tentativa se equiparava ao crime consumado (art. 38), e não cabia *sursis* nem livramento condicional (art. 35). A reincidência agravava ao dobro a pena (art. 39), e o estrangeiro reincidente seria expulso do território nacional (art. 40). O sistema de tratamento institucionalizado e interdição de intoxicados faz surgir a modalidade de cárcere privado consistente na internação extrajudicial "sob o falso pretexto de tratamento" (art. 43), que será recolhido pelo CP 1940 como forma qualificada (art. 148, § 1.°, inc. II). O contexto moralista dessa legislação não pode ser mais visivelmente demonstrado que pela transcrição da agravante prevista no art. 36: "a procura da satisfação de prazeres sexuais, nos crimes de que trata este decreto, constituirá circunstância agravante".

O Dec. 24.505, de 29.06.34, que introduziu algumas modificações, e o Dec. 891, de 25.11.38, que revogou o Dec. 20.930, de 11.01.32, não alteraram substancialmente essa proposta, salvo na criminalização do consumo, um verbo a mais na nova multiplicação que se operou[19], que não produziria efeitos práticos

(18) *La legislación antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario, in* Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n.° 2, P. Alegre: 1990, Fabris, p. 18.

(19) Art. 33 – Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar,

face à próxima vigência do CP 1940. Registre-se, por outro lado, a eliminação da expulsão automática para réus estudantes. Os processos criminais, no Distrito Federal, eram da atribuição da Procuradoria dos Feitos da Saúde Pública (art. 58, Dec. 20.930/32), e um dispositivo do Dec. 891/38 sela o compromisso médico-criminal desse modelo: "as autoridades sanitárias e policiais prestarão auxílio recíproco nas diligências que se tornarem necessárias ao bom cumprimento dos dispositivos desta lei" (art. 63).

Sobrevém o CP 1940, que confere à matéria uma disciplina equilibrada, não só optando por descriminalizar o consumo de drogas, mas também com um sóbrio recorte dos tipos legais, observando-se inclusive uma redução do número de verbos em comparação com o antecedente imediato (Dec. 891/38, art. 33), redução tanto mais admirável quanto se observa a fusão, no art. 281 CP, do tráfico e da posse ilícita no mesmo dispositivo. No contexto liberalizante da redemocratização, após 1946, o tema das drogas cai para um segundo plano. O eixo mítico repressivo central ainda repousa – e assim permanecerá até os anos sessenta – na "completa perdição moral" ou na predisposição para "a practica de actos criminosos" do decreto de 1921, porém a irrelevância estatístico-criminal do tráfico e do abuso de drogas não atrai a atenção dos juristas, dos criminólogos e mesmo dos legisladores. Convém mencionar o Dec.- lei 4.720, de 21.09.1942, o Dec. lei 8.646, de 11 de janeiro de 1946, e o Dec.-lei 20.397, de 14.01.1946. O primeiro fixava as "normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos"; o segundo alterava o Dec. lei 891, de 25 de novembro de 1938, centralizando em determinada repartição pública o poder de autorizar importação e exportação de entorpecentes para "drogarias, laboratórios, farmácias e estabelecimentos fabris", e o terceiro regulamentava a indústria farmacêutica no país, detendo-se, nos arts. 19 a 26, sobre os laboratórios que fabricassem especialidades contendo entorpecentes. No peculiar quadro da industrialização restringida brasileira, a conversão da droga em mercadoria de um lado sinalizava os bons negócios futuros no âmbito silencioso e lícito das fármacodependências, e de outro lado contribuia para dissipar o protagonismo dos próprios operadores sanitários no comércio das chamadas substâncias entorpecentes, segundo a lógica – basta recordar Freud e a cocaína – de que a droga é a cura da droga[20].

sonegar, *consumir* substâncias compreendidas no artigo 1.º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2.º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias – Pena: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$000 a 5:000$000.

3. O modelo bélico

A escolha de 1964 como marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas certamente não se prende à edição da Lei 4.451, de 04.11.1964, que acrescentou o verbo "plantar" ao art. 281 CP. (Ainda que tecnicamente ociosa, como logo registrou Heleno Fragoso, toda alteração no sentido da "multiplicação dos verbos" é sintomática para o panpenalismo da proposta, para o delírio de uma ilicitude contínua e inescapável.) A escolha de 1964 se prende obviamente ao golpe de estado que criou as condições para a implantação do modelo bélico, o

(20) Cf. Passeti, Edson, Das *Fumeries* ao Narcotráfico, S. Paulo: 1991, Educ, p. 45.

que não significa que motivos do modelo sanitário – muito especialmente na consideração do "estereótipo da dependência", magistralmente descrito por Rosa del Olmo[21] – não continuassem a operar residualmente.

Não foi o acaso que reuniu, nos movimentos contraculturais jovens dos anos sessenta, a generalização do contacto com a droga e a denúncia pública dos horrores da guerra, e a derrota de tais movimentos não pode ser melhor representada que pela política criminal que resolveu opor-se à droga com os métodos da guerra. Refugindo por completo aos limites desse trabalho uma análise dos conflitos e contradições que explodiram naqueles movimentos, é indispensável uma referência ao capitalismo industrial de guerra. Como se sabe, a chamada "guerra fria" produziu nos Estados Unidos – e fixamo-nos nos Estados Unidos porque o chanceler brasileiro dizia em 1966 que "o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil" – uma aliança de setores militares e industriais para a qual a iminência da guerra era condição de desenvolvimento, ao ponto do fracasso. da conferências sobre desarmamento no final dos anos cinquenta repercutir favoravelmente em *Wall Street* [22]; segundo Leontief, o gasto militar mundial duplicou entre 1951 e 1970, passando de cem bilhões a duzentos bilhões de dólares[23]. Estas cifras fantásticas, nesse período fortemente concentradas nos dois blocos de cujo antagonismo dependiam (Estado Unidos e OTAN de um lado e União Soviética e Pacto de Varsóvia de outro) aglutinavam interesses para os quais era fundamental não apenas a militarização das relações internacionais, no campo do que então se chamou de geopolítica, mas também ao nível interno dos países incorporados. O instrumento teórico desse projeto foi a doutrina da segurança nacional, elaborada no Brasil pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração do *National War College* e com a ajuda de uma missão militar americana[24]. O autoritarismo da doutrina da segurança nacional, expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar[25], bem como a efetividade de seus porões, ultrapassa os objetivos desse estudo, porém é preciso recolher um de seus conceitos – o de "inimigo interno" – que, intensamente vivenciado pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria. No discurso de uma alta patente militar da época, o "uso de tóxicos" – ao lado, claro está, do "amor livre" – constitui tática da guerra revolucionária contra a "civilização cristã"[26].

Em 1968, treze dias depois do Ato Institucional n.º 5, o edito militar que ministrou o *coup-de-grâce* na democracia representativa e garroteou a um só tempo as garantias individuais, a liberdade de expressão e o Poder Judiciário,

(21) A Face Oculta da Droga, cit., p. 34 e *passim*.

(22) Cf. Fred J. Cook, O Estado Militarista, trad. F. C. Ferro, Rio: 1964, Civ. Bras., p. 154 ss.

(23) Leontief, Wassily, e Duchin, Faye, *El gasto militar*, trad. A Hibbert, Madri: 1986, Alianza, p. 22.

(24) Cf. Comblin, Joseph, A Ideologia da Segurança Nacional, trad. A V. Fialho, Rio, 1978, Civ. Bras., p. 151 ss; Martins, Roberto R., Segurança Nacional, S.Paulo: 1986, Brasiliense, p. 11 et seq.

(25) Cf. Heleno Fragoso, Lei de Segurança Nacional – Uma Experiência Antidemocrática, P. Alegre, 1980, Fabris; Antônio Evaristo de Moraes Filho, Lei de Segurança Nacional – Um Atentado à Liberdade, Rio: 1982, Zahar.

(26) *Apud* Comblin, *op.cit.*, p. 48.

o Dec.- lei 385, de 26 de dezembro, alterava o art. 281 CP. Além da introdução de mais alguns verbos no tipo de injusto do tráfico ("preparar, produzir"), e de sua ampliação para as matérias-primas, a novidade estava na equiparação *quoad poenam* do usuário – daquele que "traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente"- ao traficante. Cerca de seis meses depois, o Dec.- lei 753, de 11 de agosto de 1969, estabelecia fiscalização policial sobre os laboratórios cujos produtos contivessem substâncias entorpecentes; neste diploma, a preocupação com as amostras grátis ocupava a função que no imaginário carioca de hoje têm os baleiros das portas de escolas.

A equiparação *quoad poenam* do usuário ao traficante de drogas provocou alguma reação no escasso grupo de juristas e magistrados que ousavam insurgir-se contra o regime autoritário. Uma das estratégias por eles utilizadas foi questionar a validade do depoimento dos policiais que haviam participado da prisão em flagrante do usurário, tendo se notabilizado por suas sentenças e seus trabalhos teóricos a respeito o juiz Hélio Sodré[27]. O absurdo dessa equiparação, mesmo (ou principalmente) diante da visão "oficial" do problema, não sensibilizou os legisladores da ditadura, como demonstraria sua manutenção pela Lei 5.726, de 29.11.1971.

Desejamos selecionar alguns aspectos dessa Lei 5.726, de 29.10.71. Seu famoso art. 1.º, inspirado no art. 1.º da "lei" de segurança nacional vigente, como observou Celso Delmanto[28], que declara constituir "dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no *combate* ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes", para além do compromisso bélico que a *vox* 'combate" contém, utiliza-se da estrutura normativa da imposição do dever jurídico, fundamento dos ilícitos omissivos, para converter qualquer opinião dissidente da política repressiva numa espécie de cumplicidade moral com as drogas. Decorre daí que "sob pena de perda do cargo, ficam os diretores obrigados a comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e tráfico (...) no âmbito escolar" (art. 7.º, par. ún.) Queimando etapas burocráticas, a diretora de um colégio estadual do Rio de Janeiro encaminhou em 1973 à Polícia Federal cinquenta e quatro nomes de alunos "suspeitos de estarem envolvidos em tóxico"[29], fato que poderia ter levado ao trancamento da matrícula de todos, tal como previsto no art. 8.º da lei. Para a lei, essa educadora estava prestando "serviço relevante", ao colaborar "no combate ao tráfico e uso" de entorpecentes (art. 24). Aos usuários de drogas cujo vício pudesse fundamentar uma situação de inimputabilidade, construída segundo o modelo biopsicológico, aplicava-se uma "medida de recuperação", consistente em internação "para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação" (arts. 9.º e 10). A Lei 5.726/71 criava um procedimento judicial sumário (art. 14 et. seg.) e alterava as regras para expulsão de estrangeiros, colocando o uso e tráfico de drogas ao lado dos crimes contra a segurança nacional numa investigação sumária com o prazo de cinco dias (art. 22). Quanto às normas criminalizadoras, sem perder a oportunidade de acrescer um verbinho a mais (dessa feita, "oferecer"), as penas eram elevadas (a escala da receita fictícia subia

(27) No início de 1971, Hélio Sodré publicou um artigo, "Prova penal referente à posse de entorpecentes" (Revista de Direito Penal, Rio, 1971, Borsói, p. 91 ss), e no ano seguinte um livro, "Tóxicos – A Nova Lei", Rio: 1972, ed. Rio.

(28) Tóxicos, S. Paulo: 1982, Saraiva, p. 3.

(29) Vera Malaguti S. W. Batista, Drogas e Criminalização da Juventude Pobre no Rio de janeiro, Niterói, 1997, *mimeo,* p. 84.

de 6 meses a 2 anos para 1 a 5 anos), criava-se a "quadrilha de dois" que até hoje constitui um problema técnico-jurídico, e mantinha-se a equiparação penal entre usuários e traficantes, agora com o teto de 6 anos de reclusão.

A cultura policial dos anos setenta compreendeu perfeitamente as expectativas do regime militar acerca de seu desempenho, e respondeu a elas com dedicação. A opinião de um inspetor de polícia mineiro, transcrita no livro de um general que exercia importantes funções na Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, é bem representativa: "só há um rumo para pôr fim ao problema, o enquadramento dos traficantes na lei de segurança nacional (...) a interferência das autoridades militares"[30]. Vera Malaguti S. W. Batista examinou as fichas do DOPS-Rio referentes ao verbete tóxicos nesse período, demonstrativas dessa orientação; um dos documentos, de 1973, intitulado "Tóxicos e Subversão", apresenta a droga como arma da guerra fria: "citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental"[31].

Mas a cultura jurídico-penal também incorporou a visão segundo a qual a questão das drogas não passava de uma face da guerra. Vicente Greco Filho, que na introdução de seu livro recordava a utilização histórica de tóxicos "como arma bélica", interpretava o art. 1.º como exortação às 'forças da Nação para essa verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos"[32]. "Ninguém contestará que a disseminação de tóxicos entre a juventude (...) constitui tática subversiva", pontificava Seixas Santos, acrescentando: "o delito do traficante deveria ser inserido na lei de segurança nacional, porque é crime de lesa-pátria"[33]. A relação entre a toxicomania e a "segurança e o desenvolvimento" – a divisa política da ditadura – era assinalada por Sérgio de Oliveira Médici[34], enquanto Carvalho Rangel tomava em consideração "as medidas adotadas pelo governo americano" para assinalar a necessidade de uma "ação conjunta" entre o Judiciário e outras agências governamentais para coibir o tráfico, "pois só assim o mal será eliminado"[35]. Essa amostragem é suficiente para constatar que a produção jurídico-penal daquela conjuntura absorveu a idéia de que a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro da guerra fria, como uma estragégia do bloco comunista, para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de métodos e dispositivos militares. A reunião do elemento bélico e do elemento religioso-moral resulta na metáfora da guerra santa, da cruzada, que tem a vantagem – extremamente funcional para as agências policias – de exprimir uma guerra sem restrições, sem padrões regulativos, na qual os fins justificam

(30) Jaime Ribeiro da Graça, Tóxicos, Rio: 1971, Renes, p. 24.

(31) Drogas e Criminalização da Juventude Pobre no Rio de Janeiro, *in* Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, Rio: 1996, v. 2, p. 238.

(32) Tóxicos, S. Paulo: 1977, Saraiva, pp. 1 e 43. Um acórdão recente do TJRJ retoma o motivo da guerra santa, ao lembrar que "a cruzada contra o tóxico não se confina nos lindes de um determinado país", consistindo num "desafio internacional". A ementa define o caso: "Tóxico. Plantação da maconha no quintal de moradia do acusado" (Ap.Crim. 1415/96, 1.ª C.Cr. TJRJ, DO-RJ 17.04.97, P. III, p. 160).

(33) A Nova Lei Antitóxicos Comentada, São Paulo: 1977, Pró-livro, p. 21.

(34) Tóxicos, Bauru: 1977, ed. Jalovi, p. 29.

(35) Lei de Tóxicos, Rio: 1978, Forense, p. XI.

todos os meios. No plano internacional, o novo *front* das drogas reforçava as fantásticas verbas orçamentárias do capitalismo industrial de guerra.

A vigente Lei 6.368, de 21.10.1976, aprimorou, para o bem e para o mal, a Lei 5.726/71. Aquele dever jurídico genérico do art. 1.° permaneceu, porém a palavra "combate" foi substituída pela expressão "prevenção e repressão". Os alunos surpreendidos com um cigarro de maconha já não estavam sujeitos ao trancamento da matrícula nem os diretores à delação, mas se os últimos não adotassem medidas preventivas colocar-se-iam na linha de uma responsabilização "penal e administrativa" felizmente não explicitada (art. 4.° e par. ún.). O procedimento judiciário foi regulamentado mais minuciosamente, e o réu condenado por tráfico não poderia apelar sem recolher-se à prisão (art. 35). As penas subiram estratosfericamente, indo a escala penal do tipo básico do tráfico (art. 12) – ao qual se acresceram novos verbos, "remeter", "adquirir" e "prescrever", este último porque a receita fictícia se transmudaria em crime culposo (art. 15) – para a faixa de 3 a 15 anos de reclusão e multa. Uma modalidade de apologia, oriunda da legislação dos anos trinta, construída como tipo aberto de conteúdo indeterminado ("contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico" – art. 12, § 2.°, inc. III), capaz de, nas mãos de um delegado de polícia devotado, levar à instauração de inquérito contra Charles Baudelaire, Aldous Huxley, Jean Cocteau e Walter Benjamin numa única estante de livraria, estava agora sujeita à pena de 3 a 15 anos de reclusão. A posse para uso próprio, entretanto, recebeu disciplina à parte, cominando-se-lhe uma pena privativa da liberdade (detenção de 6 meses a 2 anos e multa – art. 16) só excepcionalmente executada. O tratamento dos drogaditos foi aprimorado, prevista a alternativa da assistência ambulatorial ("em regime extra-hospitalar" – art. 10, § 1.°), mantida a cláusula de inimputabilidade segundo o modelo anterior (art. 19 e par. ún.). A regulamentação dessa lei, efetuada pelo Dec. 78.992, de 21.12.1976, além da vedação das amostras grátis (art. 13), proibia qualquer "texto, cartaz, representação, curso, seminário ou conferência" sobre o tema sem prévia autorização (art. 8.°), bem como recomendava a fiscalização rigorosas pelas "autoridades de censura", sobre espetáculos públicos para "evitar representações, cenas ou situações que possam, ainda que veladamente, suscitar interesse" pelo tema (art. 9.°). "A liberdade artística – dizia um dos elaboradores dessa legislação – precisa de ser controlada".[36]

A Constituição da República de 1988 de um lado revogou esses últimos dispositivos, ao banir a censura (art. 5.°, inc. IX) e de outro determinou que o tráfico de drogas constituisse crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5.°, inc. XLIII), no contexto de uma disputa constituinte entre representantes da corrente que à época designamos por "direita penal" e representantes da tendência que Maria Lúcia Karam chamaria de "esquerda punitiva"[37]. A chamada lei dos crimes hediondos (8.072, de 25.07.90) proibiria também o indulto e a liberdade provisória para o tráfico de drogas (art. 2.°, incs. I e II) e, pretendendo elevar as penas da quadrilha votada à prática de todos os delitos por ela contemplados (art. 8.°), sem aperceber-se que a quadrilha de dois do art. 14 de Lei 6.368/76 já dispunha de uma escala

(36) Menna Barreto, Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos, Rio: 1982, F. Bastos, p. 160.

(37) Nilo Batista, Punidos e Mal Pagos, Rio, 1990, Revan, p. 18; Maria Lúcia Karam, A esquerda punitiva, *in* Discursos Sediciosos – Crime, direito e sociedade, Rio: 1996, n.° 2, p. 79 ss.

penal elevadíssima (3 a 10 anos de reclusão), acabou por involuntariamente reduzi-la.[38] Essa mesma lei dobrou os prazos do procedimento judicial (art. 10), para garantir uma prisão provisória mais extensa dos acusados por tráfico.

Essas derradeiras alterações na disciplina jurídico-penal do abuso e tráfico de drogas ilícitas, todas no sentido de uma severidade e um rigor só comparável ao modelo repressivo dos crimes contra a segurança nacional durante a ditadura militar, já se dão num quadro político internacional distinto. Nos anos oitenta, uma sequência vertiginosa de entendimentos e articulações conduz ao fim da guerra fria, cujo símbolo consistiu na reunificação da cidade de Berlim. O capitalismo monopolista de base industrial – aí compreendida a indústria bélica – se reorganizava, ao impacto do surto dos serviços e da corrida tecnológica, com a emergência de novas potências econômicas atuando transnacionalmente e o advento de uma sociabilidade urbana na qual o consumo e as comunicações de massa passavam a exercer funções estratégicas. Para as classes hegemônicas do mundo ocidental e suas corporações as perspectivas de expansão sobre os destroços do bloco socialista eram deslumbrantes, e as possibilidades de deslocamento de recursos e investimentos de tal envergadura, a nível planetário, só podiam ser em seus sonhos emparelhada, guardadas todas as peculiaridades dos respectivos processos históricos, aos horizontes abertos, meio milênio atrás, com a descoberta da América. Os artífices e ideólogos da guerra fria viam *sua* história terminar, e nada mais compreensível que proclamassem o fim da História. A economia de mercado vencera, as leis de mercado assumiam a função de estatuto fundamental das relações econômicas, e a competitividade se convertia no liame sinalagmático da convivência humana. Não compete mais ao Estado imiscuir-se na economia para fomentar e garantir condições decentes de sobrevivência para a população, devendo sim privatizar todos os setores de sua intervenção, desregulamentar os mercados e promover a mais ampla liberalização financeira e comercial; para favorecer estes objetivos, a mídia – agora o braço armado do império transnacional da produção de tecnologias, equipamentos e dos serviços de telecomunicações – golpeia enfaticamente e procura desmoralizar cotidianamente toda e qualquer irregularidade que se passe no âmbito da administração pública, enaltecendo paralelamente a "eficiência" das gestões privatizadas, reduzindo o noticiário ou mesmo silenciando sobre suas negociatas. Como o resultado real dessa espécie de "vale-tudo" econômico é o aumento da marginalização social e do desemprego, com todos os conflitos e tensões que, exprimindo-se também nas incidências criminais, alavancam crescente demanda de repressão policial, estabelece-se um curioso paradoxo, tocando ao "Estado mínimo" exercer um controle social penal máximo.

Paralelamente a essas transformações, a ampliação inimaginável dos mercados internacionais de drogas ilícitas alterara o cenário geográfico da guerra que Nixon enunciara e Reagan veio a declarar. Rosa del Olmo mostra como, após as grandes operações na Jamaica e no México, em meados dos setenta, a produção da maconha, "seguindo a lógica do capital", vai estabelecer-se na empobrecida Colômbia[39]. Nos anos oitenta, o apoio nor-

(38) A Corte Suprema recentemente deslindou o *imbroglio*, no julgamento do HC 68.793-8, 1.ª T., rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.97, p. 30.287.

(39) *Prohibir o Domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas: 1992, Nueva Sociedad, p. 18.

te-americano à contra-revolução nicaraguense é empreendido "em nome da luta contra as drogas"[40]. Dessa forma, ainda nos estertores de um mundo antagonicamente bipolarizado, a droga vai se convertendo no grande eixo – o mais imperturbavelmente plástico, capaz de associar motivos religiosos, morais, políticos e étnicos – sobre o qual se pode reconstruir a face do inimigo (interno) também num compatriota; no Rio de Janeiro, na figura de um adolescente negro e favelado que vende maconha ou cocaína para outros adolescentes bem-nascidos. A severidade de nossa legislação, acima examinada, exprime não somente a síndrome dos governos latino-americanos de serem "mais drásticos que o próprio governo norte-americano"[41], mas também a funcionalidade mítica da droga para o exercício daquele controle social penal máximo sobre as classes marginalizadas, cujos filhos são recrutados para trabalhar nos arriscados estágios da produção e comercialização de um produto cujo mercado está condicionado por sua criminalização e cujos preços oscilam na razão direta da maior ou menor eficiência das agências de repressão penal[42]. Consoante lucidamente observa Nils Christie, "com o fim da guerra fria, num quadro de profunda recessão econômica, no qual as nações industrializadas mais importantes não têm inimigos externos contra os quais se mobilizar, não parece improvável que a guerra contra inimigos internos seja priorizada"[43]: as drogas ilícitas, convenientemente demonizadas, e suas ilegalidades satélites vieram a constituir o campo de batalha dos experimentos e táticas dessa guerra. "A guerra contra as drogas – escreve Gilberto Medina – adotou as mesmas pautas estabelecidas para enfrentar a 'ameaça comunista"[44], e tanto o discurso penalístico quanto a prática do sistema penal o revelam.

Uma política criminal de guerra tem efeitos benéficos para a indústria do controle do crime, seja no aquecimento dos gastos públicos com equipamentos adequados, com a reengenharia das divisões encarregadas da inteligência e do confronto, e com a ampliação do sistema penitenciário, seja no âmbito desse novo setor que é a segurança privada, o qual, segundo um relatório americano de 1991 citado por Nils Christie, ultrapassa as verbas das agências públicas de segurança em mais de 70% (US§ 52 bilhões anuais), e ocupa duas vezes e meia mais pessoas do que elas, o que significa um milhão e meio de empregos[45]. Essa máquina gigantesca, capaz de redirecionar frustrações orçamentárias oriundas do fim da guerra fria, deve uma bela fatia de suas engrenagens à ilegalidade da droga, e trata de realimentar todos os mitos que, a partir da droga, desatam pânicos sociais e instam por repressão penal. É fácil perceber que os lucros da indústria do controle do crime são tributários da política criminal adotada, para compreender as verdadeiras razões pelas quais as orientações político-criminais passam, neste período, a assumir uma posição de destaque no debate político em geral, bem como os verdadeiros compromissos dos representantes das cor-

(40) Sauloy, Mylène, e Le Bonniec, Yves, *À qui profite la cocaïne?*, Paris: 1992, Calmann-Lévy, p. 297.

(41) Rosa del Olmo, *Prohibir o Domesticar?* cit., p. 67.

(42) Sobre a atividade policial pressionando o preço das drogas, cf. Charles-Henri de Choiseul Praslin, *La Drogue, une économie dynamisée par la répression*, Paris: 1991, ed. CNRS, p. 23 e *passim*.

(43) *Crime Control as Industry*, Londres: 1993, Routledge, p. 13-14.

(44) *La Narco-política de los EEUU, in Región*, Medellin, nov. 96, n.º 22, p. 20.

(45) *Op. cit.*, p. 104.

rentes chamadas de "lei e ordem". A mudança de identidade do inimigo, da guerra fria para a guerra contra as drogas e o "crime organizado" internacional, se reflete também na indústria cultural do crime: sai de cena o agente soviético ruivo que Sean Connery matava, entre uma namorada e outra, e entra um homem latino, muito parecido com todos nós, perverso traficante que teve a desventura de conhecer a filha de Charles Bronson.

4. As marcas da guerra

Seria relativamente simples reduzir as políticas sociais brasileiras a um aforismo elaborado para a guerra, e não hesitaríamos em eleger aquele que Maquiavel recolheu em Vegécio: "é melhor vencer o inimigo com a fome do que com o ferro"[46]. As coisas se complicam um pouco ao pretendermos surpreender alguns princípios da arte militar aplicados a um sistema penal cujo funcionamento é concebido como uma guerra, mas essa angulação poderá recompensar-nos com a revelação de certas correspondências inquietantes.

Principiemos por aquilo que o mais antigo teórico da guerra conhecido, Sun Tzu, chamava de "lei moral", que segundo ele "faz com que o povo fique de completo acordo com seu governante"[47], e Clausewitz chamou de "informação", observando que as notícias que circulam em tempo de guerra são na maior parte falsas[48]; as guerras do século XX demonstrariam a importância estratégica da propaganda. No caso das drogas, entre tantas mistificações ideológicas produzidas não apenas pela mídia, mas também pela elaboração conceitual teórica, selecionamos o dogma da ilicitude ontológica como aquele com maior aptidão para concentrar opiniões, para colocar o povo de acordo com o governante, como dizia Sun Tzu. Tráfico ilícito de drogas é sinônimo perfeito de tráfico de drogas ilícitas, porém nem mesmo a conhecida experiência da malograda "lei seca" norte-americana consegue despertar essa desconfiança na generalidade dos juristas; muitos procuram refugiar-se numa argumentação química para preservar a convicção de que a maconha é proibida pelo que é, e não porque é proibida – como se o álcool também não dispusesse de uma química, como se só o tabaco pudesse indenizar os danos aos pulmões, como no recente acordo bilionário nos Estados Unidos. Por essa razão, enquanto, sob o modelo sanitário, procuravam-se , como vimos, soluções semelhantes para usuários de drogas ilícitas e para o alcoolismo, o modelo bélico distingue completamente: o demônio não pode ser um adjetivo.

Liga-se a tal empostação a característica de crimes de perigo abstrato dos tipos de injusto. Como anota Salo de Carvalho, "nas leis de entorpecentes não há ofensividade causal, apenas jurídica, eis que o resultado das condutas não produz dano empírico, apenas normativo"[49]. Todo o desprestígio teórico dos crimes de perigo abstrato, às vezes proclamado pelos tribunais – versando matéria distina – não abalou, contudo, a aplicação massiva e indiscriminada da lei. Dir-se-ia, como Clausewitz, que na guerra "a violência arma-se com as invenções das artes e das ciências"[50], e no caso toca à ciên-

(46) Maquiavel, A Arte da Guerra, trad. S. Bath, Brasília, 1980, UnB, p. 33; Vegécio, A Arte Militar, trad. G.C.C. de Souza, São Paulo: 1995, ed. Prumape, p. 120.

(47) A Arte da Guerra, trad. J. Sanz, Rio: 13. ed., Record, p. 17.

(48) Da Guerra, cit., p. 127.

(49) *Op. cit.*, p. 88.

(50) *Op. cit.*, p. 73.

cia jurídico-penal fornecer a invenção de um resultado presumido.

Para não perder tempo com as óbvias impropriedades da criminalização do uso, fixemo-nos na indistinção da escala penal do tráfico de drogas ilícitas. Como compreender que as mulheres pobres latino-americanas que operam como transportadoras de pequenas partidas, as "mulitas"[51], ou o "traficante famélico"[52], ou aquele que se envolve em decorrência do consumo[53], ou ainda o usuário que adquire também para seu colega, como compreender que tais pessoas se sujeitem à mesma escala penal de um atacadista facinoroso, a não ser por uma lógica de guerra, segundo a qual – valhanos novamente Clausewitz – "enquanto eu não tiver abatido o meu adversário posso temer que ele consiga destruir-me"[54], lógica que abstrai toda a fragilidade daqueles personagens, transformados magicamente em inimigos temíveis?

Imaginemos a surpresa do pesquisador que um dia comparar o número de pessoas mortas pelas drogas, por *overdose*, debilitação progressiva ou qualquer outro motivo, com o número de pessoas mortas pela guerra contra as drogas. No Brasil em geral, e no Rio de Janeiro em particular, aquele pesquisador perceberá que as vítimas da guerra contra a droga, além da extração social comum, são jovens – tal como na guerra convencional – e será tentado a tomar uma vereda psicanalítica para concluir que ao sistema penal a nova ordem internacional reservou as tarefas do filicídio, antes cumpridas pela guerra[55].

A questão da inimputabilidade por menoridade, e dentro dela particularmente a tendência para rebaixar o marco etário, guarda impressionante correspondência com a questão da idade de recrutamento militar dos jovens, que historicamente também sofria alterações ao sabor das necessidade de esforço bélico da ocasião[56]. Os amplos setores da imprensa comprometidos com o projeto econômico neoliberal fazem o que podem para omitir ou recalcar o noticiário nosso de cada dia; um dos recursos consiste em subtrair às execuções policiais sua autoria real (pela aceitação acrítica da versão de "disputa de quadrilhas") ou sua significação de abuso de poder (pela tantas vezes indevida atribuição da qualidade de "traficantes" às vítimas). O jornal carioca O Dia, edição de 29.mar.97, estampava em sua primeira página: "*PM mata um a cada quatro horas* – Nos últimos seis dias, a Polícia Militar matou 32 pessoas suspeitas de crime. Só ontem, no Rio e na Baixada, foram oito. É o resultado da ordem do general Cerqueira: 'atirar primeiro e perguntar depois". Caso este desempenho fosse mantido permanentemente, a projeção para oito anos e meio – o tempo que durou a escalada norte-americana – nos convenceria de que a Polícia Militar carioca tem capacidade bélica capaz de executar mais de

(51) Zaffaroni, *op.cit.*, p. 22.

(52) Salo de Carvalho, *op.cit.*, p.128.

(53) Rosa del Olmo, *Prohibir o Domesticar? cit.*, p. 68.

(54) *Op. cit.*, p. 76.

(55) "Entre as diversas causas que desencadeiam as guerras, destaca-se a necessidade de perpetuar o sacrifício humano na forma de holocausto dos filhos, com seus primitivos significados sócio-culturais implícitos. (...) A guerra mantém a ameaça de morte sobre a juventude, que deve se submeter totalmente ao exército e deslocar seus laços emocionais do lar para a comunidade" – Arnaldo Rascovsky, O Filicídio, Rio, 1974, Artenova, p. 164. Do mesmo Rascovsky, Filicídio e Guerra, *in* Gley P. Costa (org.), Guerra e Morte, Rio: 1988, Imago, p. 60 et seq.

(56) Sabina Loriga, A Experiência Militar, *in* Levi, Giovanni e Schmitt, Jean-Claude (orgs.) História dos Jovens, trad. P. Neves, N. Moulin e M. L. Machado, São Paulo: 1996, Cia. das Letras, v. 2, p. 23.

um terço do total de mortos norte-americanos em combate na guerra do Vietnam. Enquanto alguns juristas desatentos não se dão conta de quanto é ridículo propor a pena de morte num país em que a polícia a executa tão intensamente, no Rio de Janeiro a boa pontaria é premiada com aquilo que o homem carioca chama de "gratificação faroeste". Mas aí encontramos outro princípio, que Maquiavel também tomou a Vegécio e transcreveu em sua Arte da Guerra: "mantemos os soldados nos quartéis com o medo e com penalidades; na guerra, nós os conduzimos com a esperança e prêmios"[57].

O modelo bélico da política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (= condenado). Tal contradição ficará exposta nas múltiplas tolerâncias para com violações ao devido processo penal, no preconceito generalizado contra as garantias constitucionais dos acusados por tráfico de drogas, que alcançam também os democratas que não transigem com os direitos humanos. "As almas filantrópicas – dizia Clausewitz – poderiam facilmente julgar que existe uma maneira artificial de desarmar e derrotar o adversário sem verter demasiado sangue. Por mais desejável que isso pareça, é um erro que é preciso eliminar. Num assunto tão perigoso como é a guerra, os erros devidos à bondade da alma são precisamente a pior das coisas"[58]. Diante de tal enfoque, as limitações constitucionais ao exercício do poder penal se convertem num absurdo, e retomemos Clausewitz: "não seria possível introduzir um princípio moderador na própria filosofia da guerra sem cometer um absurdo"[59]. Basta olhar a tolerância dos tribunais – com honrosas exceções – para com as nulidades, com o excesso do prazo da prisão preventiva em processos concernentes a tráfico de drogas, para constatar a influência velada do pensamento de Clausewitz. A questão da prova ilícita, que está para a investigação policial como a espionagem para a guerra, também revelará uma tolerância especial para casos de tóxicos. Curiosamente, a operação de contra-espionagem, mediante a qual uma falsa informação é passada ao inimigo, é designada por "intoxicação"...[60] No limite, as "tensões internas" associadas aos "aprisionamentos em massa", aos "maus tratos ou condições inumanas de detenção" e ao menosprezo habitual pelas garantias fundamentais que equivalha a sua suspensão – estamos transcrevendo Swinarski[61] – poderão criar condições diante das quais a invocação do direito internacional humanitário, as regras das Convenções de Genebra que limitam os métodos da guerra, deixaria de constituir uma trágica metáfora.

Podemos ficar por aqui. A substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal. Mao Tsé-Tung retomou certa feita a famosa comparação de Clausewitz, formulando-a nos seguintes termos: "a política é guerra sem derramamento de sangue, enquanto que a guerra é política com derramamento de sangue". Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.

(57) Maquiavel, op.cit., p. 34; Vegécio, op.cit., p. 122.

(58) Op.cit., p. 74.

(59) Ibidem.

(60) Jean-Pierre Alem, El Espionagem y el Contraespionage, trad. D. Huerta, México: 1983, Fondo de Cultura Economica, p. 17 e 103.

(61) Christophe Swuinarski, A Norma de Guerra, Porto Alegre: 1991, Fabris, p. 30.

2. DOUTRINA NACIONAL

O APELO CONTRA A VONTADE DO RÉU

SERGIO DEMORO HAMILTON

1. Pode parecer, em um primeiro exame, que a questão envolvendo o recurso de apelação contra a vontade do réu seja uma esdruxularia, de interesse puramente teórico e que, na prática, jamais encontre incidência. Nada mais equivocado. Todos os que militam no foro criminal já se depararam, um sem-número de vezes, com o problema, que, embora não se apresente de forma rotineira, ocorre com certa freqüência, gerando perplexidade para o intérprete diante do tema, sem saber, na verdade, o caminho a ser tomado diante da eventual colidência de defesas. De um lado o réu, manifestando, expressamente, seu desejo de não apelar; do outro, a defesa técnica interpondo o recurso. Como resolver o impasse?

2. Duas correntes de pensamento se digladiam na solução da tormentosa questão. Tanto a doutrina como a jurisprudência se mostram divididas diante da complexa matéria processual, trazendo argumentos ponderáveis ora em favor da predominância da vontade do imputado, ora pela prevalência da atuação da defesa técnica com razões não menos respeitáveis.

3. Para os que sustentam que a vontade do réu deve, sempre, prevalecer, a titularidade do direito de recorrer pertence ao acusado e não ao defensor. Este há de ser fâmulo da vontade de seu cliente, pois, em última análise, o senhor primeiro da sua liberdade é o próprio réu e não seu advogado, que, apenas, atua no processo dando-lhe a indispensável assistência técnica sem, no entanto, poder intervir nos limites de atuação da autodefesa. Caso o advogado, por esta ou por outra qualquer razão, não concorde com a atitude processual do seu constituinte, cabe-lhe demitir-se do múnus que lhe foi confiado, renunciando ao mandato.

Argumentam, ainda, os defensores desta posição que o direito de recorrer é renunciável e que, portanto, o imputado, ao manifestar sua oposição ao apelo, está exercendo um direito que lhe é assegurado em lei, não podendo, assim, ser obstado em sua posição contrária à manifestação recursal. Com efeito, vige em nosso processo penal o princípio da voluntariedade dos recursos, tendo em conta a regra contida no Código respectivo que estabelece serem os recursos voluntários, excetuando-se os casos em que deverão ser interpostos de ofício pelo juiz (art. 574 do CPP). Ora, se os recursos são voluntários, como admitir-se o apelo contra a vontade do sucumbente? Em última análise, quem sucumbiu foi o próprio réu e não seu advogado, que estaria, ao apelar, tomando caminho mais realista que o próprio rei.

Esta linha de pensamento, embora nem sempre usando os mesmos argumentos aqui expendidos, tem encontrado farta aceitação no seio da doutrina e no campo da jurisprudência. Na primeira, temos a voz autorizada de Damásio para quem "o direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor".[1] Na esteira do ensinamento daquele ilustre Procurador de Justiça e Professor de São Paulo

(1) "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

encontra-se copiosa jurisprudência: JTACrim SP 68/374, RT 501/314, 580/290 e 614/321, RT 655/380, TAMG, A. Crim 16.084, RT 667/326.[2] O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.882, relator o Min. Celso de Mello, orientou-se no sentido de que "tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu"[3]. Coerente com tal posicionamento, o Pretório Excelso decidiu que "se o réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o Tribunal não conhecer do recurso, não sendo de homologar a renúncia" (cf. RT 597/425 e HC 65.572, DJU, 12.02.88, p. 1381).[4]

Seguindo tal orientação sempre defendi, no exercício da Procuradoria de Justiça, quer perante o Tribunal de Alçada Criminal – RJ, quer perante o Tribunal de Justiça – RJ, em linha de preliminar, que o apelo interposto pela defesa técnica, contrariando a vontade expressa do réu no sentido de que não desejava apelar, não merecia conhecimento, eis que, em última análise, o acusado é o senhor primeiro do seu direito de liberdade bem como que o Código de Processo Penal adotou, como regra, o princípio da voluntariedade dos recursos (art. 574 do CPP).

4. Hoje assim não penso. Meditando mais atentamente sobre a matéria, parece-me que a melhor posição é a esposada por aqueles que sustentam a prevalência da vontade da defesa técnica no caso de colidência com a manifestação do réu, devendo, em tal hipótese, ser conhecida a apelação.

Desde logo, impõe-se uma observação que deve ser feita em relação à legitimidade do defensor para recorrer. Nessa ordem de idéias, não me sabe acertada a afirmação de que a titularidade do direito de recorrer pertença somente ao imputado e não ao defensor. Tal colocação encontra formal desmentido na própria lei processual, pois que nela está dito, com todas as letras, que o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor (art. 577 do CPP, grifos meus). Em outras palavras: tanto o réu, em defesa material, pode apelar da sentença como o seu defensor, seja ele constituído seja ele dativo. É caso de interpretação literal da lei, que, no meu entendimento, não comporta tergiversação. Aliás, é por tal razão que o art. 392, incs. II e III do CPP determina a intimação do réu e do defensor constituído para ciência da sentença, conforme o caso. Não teria sentido tal dispositivo caso o defensor não tivesse legitimidade para recorrer no caso de silêncio ou de recusa do réu em apelar. Para que, então, intimá-lo? Observe-se, por oportuno, que, na atualidade, a jurisprudência, ampliando os estreitos limites de lei processual, e a meu ver com inteiro acerto, consagra que, em qualquer caso, devem sempre ser intimados da sentença condenatória o réu e seu defensor, constituído ou dativo. Nem teria sentido manter-se a limitação contida no art. 392 da Lei de Ritos diante do preceito constitucional da garantia da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. (art. 5.°, LV da Constituição Federal, grifos meus).

Outra afirmação que me soa temerária é a de que o direito de recorrer, sendo

(2) Referências à jurisprudência apud "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

(3) Referências à jurisprudência do STF, apud "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

(4) Referências à jurisprudência do STF, apud "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

renunciável, não pode admitir oposição à vontade do réu quando ele afirma que não deseja apelar. É meu pensar que irrenunciável, isto sim, é o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal (art. 5.°, XV, LXI, LXVII e LXVIII), que, à toda evidência, há de sobrepor-se a qualquer outra limitação advinda da lei ordinária.

Merece destaque, da mesma maneira, o argumento segundo o qual o réu, como leigo, não dispõe de condições para aquilatar a extensão da renúncia ao apelo. Como um leigo pode avaliar da necessidade ou mesmo da mera conveniência a respeito da interposição de um recurso? Como? Esta, aliás, é a razão mais sufragada pela jurisprudência em favor da prevalência da vontade da defesa técnica sobre a vontade do réu. Vejam-se os seguintes julgados: A Crim 319.027, 7a Câm. do TACrim SP, em 02.12.82 – v. u., RT 589/333, TJSP, A Crim 47.206, RJ TJSP 104/467 e 468; A Crim 58.102, RT 628/305; TACrim SP, A Crim 548947, RJ TACrim SP 2/225, TJSP A Crim 79374 e outros. Averbe-se, por sinal, que o próprio Pretório Maior já decidiu neste sentido (STF, HC 65572).[5]

Mas há outros, muitos outros, argumentos que validam o entendimento aqui defendido.

O primeiro deles reside no fato de que enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção. Queira ou não, o réu contará sempre com a defesa do técnico em direito no processo penal. Na verdade, segundo estabelece a lei processual penal, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem, defensor (art. 261 do CPP), complementando-se tal dispositivo pelas regras imperativas constantes dos arts. 263 a 265 c/c 564, III, *c* do mesmo Código, todas no sentido de assegurar a presença efetiva da defesa técnica, atuando em favor do réu. Tais mandamentos legais, de natureza processual, nada mais são que um desdobramento da norma constitucional que assegura aos acusados em geral a garantia da ampla defesa. (art. 5.°, LV da Constituição Federal). E ela não existiria sem a presença do experto em direito ao lado do imputado no decorrer de todo o processo. Já a autodefesa, ao contrário, pode ser dispensada desde que assim o deseje o próprio acusado. Ele pode exercê-la ou não. Dí-lo, às expressas, o art. 186 do CPP ao garantir ao réu o direito ao silêncio. E a Constituição Federal dá ao preso o direito de permanecer calado (art. 5.°, LXIII), assegurando-lhe, porém, a assistência de advogado, mesmo quando ainda não instaurado o processo (art. 5.°, LXIII), onde em boa técnica, não se pode, sequer, falar em acusação mas, tão-somente, em mera indiciação. Ora, se assim é, vê-se que não só a lei processual como também, e principalmente, a Constituição Federal emprestaram muito maior relevo à defesa técnica, sem dispensar, evidentemente, que, ao seu lado, figurasse a defesa material. Aliás, é de bom alvitre por em registro, que a lei processual permite até que, por ordem judicial, o réu seja retirado do recinto onde tem lugar a instrução criminal probatória, na hipótese a que alude o art. 217 do CPP, não abrindo mão, jamais, da presença do defensor. A ressalva consta expressamente da lei processual. É mais uma evidência da prevalência que a lei emprestou à defesa técnica sobre a defesa material. Assim pensando, vê-se que, na colidência de defesas no caso da interposição de recurso, deve prevalecer a vontade daquele que, pela interpretação sistemática da lei, mereceu, acertadamente, maior prestígio por parte do legislador.

(5) Referências à jurisprudência do STF e outros, apud "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

Mas ainda há o que dizer. Ocorreria uma hipótese em que, mesmo para os sequazes da predominância da vontade do réu no sentido da não-interposição do recurso, tal ponto de vista não poderia prevalecer. Refiro-me ao caso singular do acusado menor (art. 194 do CPP). Aqui, o curador é nomeado com o fim de suprir a relativa incapacidade do imputado, como de conhecimento vulgar. Pois bem: não teria sentido que prevalecesse a vontade do incapaz sobre a do seu curador, caso o primeiro, contrariando o segundo, manifestasse desejo de não apelar. Em ocorrendo o conflito de vontades, haveria, necessariamente, de prevalecer a vontade do curador no sentido da interposição de recurso, uma vez que o réu não teria plena capacidade para decidir e, justamente, por tal razão o curador se faz presente no processo.

Cabe, ainda, outra colocação, esta de natureza constitucional, que ratifica, sem dúvida, a posição de predominância da defesa técnica. Na realidade, estabelecendo a Lei Maior a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5.°, LV), acrescenta que esta se dará "com os meios e recursos a ela inerentes". A ilação que se pode extrair do mandamento constitucional é a de que a "ampla defesa" só se dá desde que usados os recursos que a integram. É mais um argumento em prol da validade do apelo da defesa técnica contrariando a vontade do réu.

Incumbe assinalar que o apelo em nada prejudicaria o réu, dada a vedação da reformatio in pejus, expressamente prevista no art. 617, *in fine*, do CPP. Em outras palavras: por que impedir-se um recurso que só poderia, em última análise, trazer benefício ao acusado? Portanto, ainda que se analise o tema no plano prático ou da mera conveniência só vantagens adviriam para o imputado com a admissão do apelo. Por que descartá-la?

Ao que foi dito há que somar-se um novo dado, extraído da Lei 8.906, de 04.04.1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Ao tratar da atividade da advocacia (Título I, Capítulo I), estabelece o art. 2.°, § 2.° da referida lei que constitui múnus público do advogado, em processo judicial, a "postulação de decisão favorável" (grifo meu) ao seu constituinte. Ora, se a lei assim cuidou da matéria, acaso não haveria ilogismo em vedar-se o conhecimento de um recurso que só benefícios poderia trazer para o réu, cerceando a ação do advogado ao buscar, para seu constituinte, decisão mais favorável e sem qualquer risco para o acusado?

Não terminam aí as razões em favor do conhecimento do apelo em tais circunstâncias. É que, como sabido, o Ministério Público pode impetrar habeas corpus em favor do réu (art. 654, *caput*, parte final, do CPP). Suponha-se, à guisa de argumentação, que o réu, uma vez condenado em processo manifestadamente nulo, ao ser intimado de forma pessoal de sentença condenatória, alegasse que não desejava apelar e que a defesa técnica, por fas ou por nefas, não apelasse do decisum eivado de nulidade absoluta. Acaso tal sentença deveria subsistir? Evidentemente que não; bastava o impetração de habeas corpus pelo Ministério Público objetivando desconstituir o julgado nulo, que, uma vez acolhido, faria desaparecer a condenação ilegal, pouco importando a vontade do réu. Vê-se, aqui, de forma bem nítida, como o verdadeiro valor absoluto e irrenunciável é a liberdade, que não pode ser tolhida em caso algum. Queira ou não o réu.

É preciso ter em conta que o Ministério Público pode, também, apelar em favor do réu, sem necessitar de aquiescência do imputado. Impõe-se registrar que, embora a lei processual penal não contenha

expressa previsão a respeito do recurso em questão, tal como ocorre, por exemplo, em relação ao habeas corpus, como já assinalado, o Ministério Público tem não só legitimidade como interesse em recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Assim já se manifestou o Pretório Excelso em mais de uma oportunidade (RECrim 86.088, DJU, 18.02.77, p. 9037 e RECrim 91.836, DJU, 12.12.80, p. 10582). Esta, por sinal, era a orientação seguida pelo saudoso Ministro Cordeiro Guerra (RT 547/441 e 442).[6] Aliás, merece reparo a expressão "recurso em benefício do réu", pois, na verdade, o Ministério Público não apela em favor do acusado mas sim no sentido de ver realizada a justiça, objetivo maior da Instituição. Surge, assim, de maneira insofismável, que, quando em jogo direitos indisponíveis (dentre os quais a liberdade ocupa o primeiro plano), a vontade do réu não conta.

Mas ainda há o que dizer em relação ao assunto. No caso de concurso de agentes, a decisão de recurso interposto por um dos réus, se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros. É caso de mera extensão do julgado (art. 580 do CPP). Avente-se a seguinte hipótese: em determinado feito criminal são condenados dois réus, que agiram em concurso. Um deles apela sustentando, por exemplo, a atipicidade do fato. Já o outro, não importa o motivo, manifesta vontade de não apelar. O Tribunal, conhecendo do recurso, caso acolha as razões do apelante de que o fato não constitui infração penal, fará estender ao co-réu que não apelou os efeitos da decisão, pouco importando tenha o outro imputado concordado com a condenação ilegal. É mais um argumento a demonstrar como é de pouca valia a vontade do réu em face de dois valores indisponíveis: o da liberdade e o da realização de justiça.

É por tal razão, aliás, que os tribunais podem conceder habeas corpus de ofício quando verificarem, no curso do processo, que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer constrangimento ilegal (art. 654, § 2.º do CPP), pouco valendo a vontade do acusado. O Supremo Tribunal Federal, por sinal, já admitiu a admissibilidade de extensão do julgado a que se refere o art. 580 do CPP até mesmo pela via angusta do habeas corpus (RTJ 101/127)[7], que, como sabido, pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor do réu, contando ou não com a sua aquiescência.

A doutrina, ao examinar o tema, igualmente, também já manifestou entendimento no sentido da posição aqui assumida no caso em que a autodefesa e a defesa técnica sigam linhas antagônicas. Registre-se o ensinamento: "divergência entre a posição do acusado e a do defensor também pode ocorrer quando o primeiro, intimado da sentença", alega que não deseja apelar, vindo, ao empós, o defensor a recorrer, quando, por sua vez, intimado. Nesses casos, entende-se deve prevalecer a posição da defesa técnica, mais benéfica ao réu...

O não-conhecimento do recurso, nesta hipótese, acarreta nulidade.[8]

Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo expert em favor

(6) Referências à jurisprudência do STF, apud "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 401, Saraiva, 11. ed., 1994.

(7) Referências à jurisprudência do STF, *apud* "Código de Processo Penal Anotado", Damásio Evangelista de Jesus, p. 384, Saraiva, 11.ª ed., 1994

(8) *As nulidades no Processo Penal*, Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho", p. 79, Malheiros, 4. ed.

do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.

Seria de todo conveniente, para evitar o desencontro, que os Tribunais superiores estabeleçam ato normativo (Provimento) recomendando aos juizes do primeiro grau de jurisdição que, quando possível, a intimação da sentença condenatória para o réu se desse na presença do seu advogado. É certo que providência, sem dúvida salutar, não impediria a eventual divergência quanto à interposição do apelo, mas serviria, não há negar, para tornar menos freqüente a colidência de defesas.

Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, ex-Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis – RJ e ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

2. DOUTRINA NACIONAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DO § 2.° DO ART. 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA PENAL COMUM (LEI N.° 9.299/96)

WALBERTO FERNANDES DE LIMA[1]

SUMÁRIO: 1. Inquérito policial e inquérito policial militar – 2. Prisão-apuração da resistência e do uso da forá pela autoridade policial militar.

1. Inquérito policial e inquérito policial militar

A prática de uma infração penal faz com que surja para o Estado o *jus puniendi*, cuja concretização ocorre através do instrumento próprio para o exercício do direito de ação que é o processo.

Porém, para viabilizar o exercício deste direito no campo penal, o seu titular tem à sua disposição uma fase de investigação pré-processual, não obrigatória, através do inquérito policial, que pode ofertar um conjunto de elementos mínimos de autoria e materialidade.

Esse conjunto que permite a deflagração da instancia penal vem sendo denominado pela doutrina como suporte probatório mínimo, o qual, se inexiste, significa que falta justa causa para a ação penal possibilitando a rejeição da denúncia ou o trancamento da ação penal.

Assim destacou o STF no julgamento do RE 136.239: *"O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo de caráter investigatório, destinado a subsidiar a ação do MP. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios – são precipuamente destinados ao órgão da acusação pública para habilitá-lo a instaurar a* persecutio criminis in iudicio".

Neste contexto, a Constituição Federal, no capítulo próprio intitulado "Da Segurança Pública", estabeleceu-a como um dever do Estado, determinando que esta deverá ser exercitada para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e patrimônio através de vários órgãos, dentre eles, a polícia federal, civil, militar e bombeiros militares.[2]

(1) O autor é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Processo Penal do Curso Preparatório para Concurso da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – AMPERJ e do Curso Jurídico MPM-Rio

(2) CAPÍTULO III – DA SEGURANÇA PÚBLICA Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal,

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares

(...)

§ 4.° – Às polícias civis, dirigidas por delegados de policia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as fun-

Ao lado disso, o § 4.° do art. 144 da Lei Maior nominou, sem qualquer caráter de exclusividade, a polícia civil como órgão afeto às funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, diga-se, desde que estas não sejam de natureza militar.

Do mesmo modo, o parágrafo quinto do mencionado dispositivo constitucional estabeleceu que às polícias militares incumbe a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Colocadas estas questões constitucionais, cumpre de início esclarecer que "função de polícia judiciária" consiste na atividade administrativa de reunir elementos de convencimento para o titular da ação penal, no sentido de ofertar a este destinatário indícios de autoria e prova da materialidade de modo que ele tenha condições de deflagrar a instancia penal, valendo então dizer, polícia judiciária está ligada à idéia de atividade e não de órgão.

Por sua vez, o texto constitucional ao estabelecer que às polícias militares está reservada a atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, apenas clarificou que a polícia militar também está encarregada, como órgão de segurança pública, de cuidar das atividades de polícia preventiva ou administrativa, ou seja, aquela ordenada de antemão a evitar com a sua presença e energia a prática de atos violadores da ordem pública.

No dizer de Magalhães Noronha[3], se destina a garantir ao indivíduo o uso e gozo de seus direitos como a vida, a integridade corpórea, o patrimônio, a liberdade, cuidando que não sejam lesados pelo comportamento ilícito de outrem.

Independentemente dessa atividade de polícia preventiva, a polícia militar também está autorizada a investigar os crimes de natureza militar, no que se denomina de atividade de polícia repressiva ou judiciária, cujo objeto tem identidade com aquele afeto à polícia civil, ou seja, de coletar indícios de autoria e prova da materialidade de um crime, de modo a oferecer, assim, ao Ministério Público, elementos mínimos de convencimento para que este, se for o caso, dê início à respectiva ação penal pública, uma vez que a própria Constituição Federal excetuou a apuração destas infrações penais do âmbito da polícia civil na parte final do § 4.° do art. 144.

Alinhavadas essas idéias iniciais sobre segurança pública e inquérito policial, há que ser feita uma reflexão sobre o atual § 2.° do art. 82 do CPPM que cuida do *inquérito policial militar* (JPM), curiosamente admitido nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar, isto quando a nova redação do parágrafo único do artigo 9.° do CPM estabeleceu que estas infrações penais têm o seu processamento e julgamento afetos à justiça comum.

"Lei 9.299, de 07.08.1996.

Altera dispositivos dos Decretos-leis 1.001 e 1.002, de 21.10.1969, Códigos Penal e de Processo Penal Militar, respectivamente:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.° – O art. 9.° do Decreto-Lei 1.001, de 21.10.1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 9.°...

ções de policia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

§ 5.° – Às policias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil."

(3) Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 23. ed., 1995, p. 17.

II...

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

f) revogada.

Parágrafo único – Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum."

Art. 2.° O *caput* do art. 82 do Dec.- lei 1.002, de 21.10.1969- Código de Processo Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido, ainda, o seguinte § 2.°, passando o atual parágrafo único a § 1.°:

"Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil a ele estão sujeitos, em tempo de paz:

§ 1.°...

§ 2.° Nos crimes dolosos contra a vida, praticados conta civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Art. 3.° – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 1996; 175.° da Independência e 108.° da República."

Diante da redação do parágrafo único do art. 9.° do CPM, que dá competência à justiça comum para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militar, como pode ser explicada a regra ínsita no § 2.° do art. 82 do CPPM em que se confere atribuição à Polícia Militar para apuração de tais crimes? Há conflito entre as regras destes dispositivos ou as mesmas são conciliáveis?

Tais indagações encontram ainda maior repercussão, causando mesmo perplexidade, ao se fazer a leitura do art. 9.° do Código de Processo Penal Militar,[4] onde resta expresso que o Inquérito Policial Militar constitui-se no investigatório próprio para apuração de crimes militares isto quando agora se sabe que o crime doloso contra a vida de civil, cometido por militar, perdeu esta natureza.

Num pensamento mais praxista, poderia de imediato ser afirmado que esta opção legislativa se deveu ao fato de que, estatisticamente, os investigatórios realizados pela polícia militar são melhores ordenados, obedecem fielmente a uma regularidade formal, e via de regra são encerrados nos prazos determinados em lei, na espécie, a processual penal militar (art. 20 do CPPM).

Poderia ainda ser dito, como proferido pelo Prof. Altamiro de Araújo Lima Filho[5], em comentários a este dispositivo da mencionada lei: "A teor do insculpido no parágrafo único do mesmo artigo guarda-se, entretanto, a Justiça Militar para a apuração inquisitorial do fato ilícito em tela, pois que ali se estabelece claramente que a 'Justiça Militar' encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum. De qualquer forma é até mesmo compreensível que assim o seja. Não nos parece correto querer fazer crer existir, com tal providência, nenhum espírito de corpo a proteger."

Cremos que estes pensamentos não podem servir como argumentação jurídica a responder às indagações que surgiram com a atual redação do § 2.° do art. 82 do CPPM.

(4) "Art. 9.° – O inquérito policial militar é a apuração sumaria de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua c a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal."

(5) Crimes Dolosos Contra a Vida, Editora de Direito 1996, p 60.

Aqui vale uma parêmia muito utilizada nas ciências jurídicas: *verba cum effectu, sunt accipienda* (Não se admitem, na lei, proposições ou palavras inúteis).

Por não se admitir na lei uma proposição inútil, e se não prestam as explicações anteriores como fundamentação jurídica ao surgimento do mencionado parágrafo, este deve apresentar uma razão a servir de asserção à sua existência.

Acreditamos realmente, e sem prejuízo de no futuro ser revista esta idéia, que a circunstancia que norteou o legislador a redigir o texto da forma como o fez, foi justamente por saber que nem sempre a situação fática coincide com a jurídica.

Com efeito, é possível ocorrer que a polícia militar, ao tomar conhecimento da prática de um crime doloso contra a vida cometido por militar contra determinada pessoa, de imediato não possa identificá-la como um civil, associando-se a este fato fortes suspeitas de que a vítima também era militar, e que o crime foi praticado numa das situações previstas nas alíneas *a* a *e*, inc. II, do art. 9.° do CPM.

Apenas para ilustrar a situação acima imaginada, digamos que possa vir a acontecer que antecipadamente se saiba que o autor de um homicídio doloso foi um policial militar. Todavia, o cadáver ao ser encontrado trajava um fardamento militar, desprovido de qualquer documento de identificação.

Diante disto, face a possibilidade do crime cometido poder ser caracterizado como de natureza militar, a polícia militar passará a investigar o fato, em típica atividade de polícia judiciária, dada a suspeita de que este delito possa estar afeto à competência da Justiça castrense.

Uma outra situação perfeitamente acreditável de realizar-se, no mesmo contexto do sujeito ativo, é de a vítima agora ser encontrada em trajes civis, irreconhecível, portando uma carteira de identificação militar, ou, ainda, poderá a vítima ter sido encontrada, irreconhecível, em trajes civis, dentro de uma viatura militar.

Estas hipóteses aqui concebidas demonstram que é perfeitamente aceitável a dúvida quanto à identificação da vítima, e, considerando-se que objetivamente a ação do militar foi praticada numa das circunstancias previstas no inc. II do art. 9.° do CPM, estará a polícia militar autorizada a dar inicio às investigações, em típica atividade de polícia judiciária.

De outra parte, apesar de expostas situações que, em tese, configurariam crime militar, mas havendo suspeita de que o cadáver encontrado poderia ser de um civil, este tipo de dúvida autorizaria que a polícia civil desse início às pesquisas para apuração do fato, visto que se confirmada aquela desconfiança quanto à identidade do morto como sendo a de um civil, este crime realmente restaria assinalado como daqueles afetos à justiça comum, no caso o Tribunal do Júri, ainda que cometido numa das hipóteses estabelecidas no inc. II do art. 9.° do CPM.

Idêntico raciocínio poderá ser utilizado no caso de dúvida quanto ao elemento subjetivo do tipo, isto é, quando iniciadas as investigações sobre um homicídio cometido por um militar contra um civil, não se tem como saber se o autor do fato agiu com vontade de matar ou não.

Sendo assim, não poderá ser desautorizada a instauração do inquérito policial, bem como a do inquérito policial militar, nesta última hipótese por um crime culposo, caso o delito tenha sido praticado numa das condições previstas no inc. II do art. 9.° do CPM.

Na hipótese de tentativa, em havendo dúvida quanto ao animus do agente, e tendo o crime sido perpetrado numa das situações estabelecidas no inc. II do art. 9.° do CPM, a mesma solução deverá ser adotada, possibilitando-se, desta forma, a instauração de ambos os investigatórios.

Ao que se disse acima poderá causar estranheza a sustentação da possibilidade de dois investigatórios apurando a mesma infração penal.

Em verdade, nenhum absurdo vai nesta possibilidade posto que o fato que ensejou tal duplicidade foi justamente a dúvida sobre a identidade da vítima ou sobre o elemento subjetivo, e não um intolerável abuso de poder por parte da autoridade policial militar ou do Delegado de Polícia, arbitrariedade esta que, se existente, desde logo impediria a investigação por parte daquele que agiu com violação de suas atribuições.

Aliás, sempre foi regra basilar em processo penal, relativamente à instauração de inquérito policial, que esta deve acontecer para apurar todas as circunstancias de um crime, uma vez que será exatamente no âmbito deste investigatório que se procederá às pesquisas acerca de autoria, materialidade e elemento subjetivo ou normativo do tipo.

Hoje a situação é semelhante àquela antes existente, e por isso, a partir do momento em que se tem a prática de um crime contra a vida, numa das situações previstas no inc. II, do art. 9.° do CPM, e não se sabe ao certo se a vítima era civil ou militar, ou ainda qual era o *animus* do militar autor do fato, não há razão para se impedir que a polícia militar, assim como a polícia civil, apurem este crime e todas as suas circunstancias.

Neste sentido já existe uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do pedido de medida liminar numa Argüição Direta de Inconstitucionalidade, aonde figura como requerente a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL:

"CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA: INQUÉRITO

Julgada medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil ADEPOL contra a Lei 9.299/96 que, ao dar nova redação ao art. 82 do Código de Processo Penal Militar determina que nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum." Afastando a tese da autora de que a apuração dos referidos crimes deveria ser feita em inquérito policial civil e não em inquérito policial militar, o Tribunal, por maioria, indeferiu a liminar por ausência de relevância na argüição de ofensa ao inc. IV, do § 1.° e ao § 4.° do art. 144, da CF, que atribuem às polícias federal e civil o exercício das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Considerou-se que o dispositivo impugnado não impede a instauração paralela de inquérito pela polícia civil. Vencidos os Mins. Celso de Mello relator, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence. ADIn 1.494-DF, rel. orig. Min. Celso de Mello, rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, 09.04.97". (Informativo STF 66)

Não há mesmo qualquer empecilho sob o ponto de vista processual, como restou claro em aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Admissível a instauração de inquéritos policiais pelo mesmo fato em localidades diversas. Conceitualmente, não se pode falar em 'litispendência' entre inquéritos policiais, não se justificando, portanto, o trancamento. Após a conclusão das investigações, se apurada a ocorrência de crime imputável ao réu, o juiz deverá aferir a competência, levando em conta, inclusive, a eventual existência de ação penal pelo mesmo fato" (TJSP – RHC – rel. Cunha Camargo – RT 625/293).

Justifica-se também a possibilidade de dupla apuração porque, explicitamente, a Constituição Federal somente conferiu à Polícia Federal a exclusividade ou especialidade para exercer as funções

de polícia judiciária naqueles casos em que a apuração de dita infração for de interesse da União, por ter sido esta cometida contra a ordem política e social, em detrimento de seus bens, serviços ou interesses (art. 144, § 1.°, inc. IV).[6]

Afirma-se, pois, a questão da exclusividade formal ou explícita da função investigatória da Polícia Federal, porque, implicitamente, o texto constitucional, no parágrafo quarto do mesmo artigo, ao definir que a polícia civil estaria encarregada da atividade de polícia judiciária na apuração de infrações penais, excluiu do âmbito das suas atribuições as investigações de crimes militares, destinando à polícia militar uma exclusividade tácita ou implícita para as atividades de polícia judiciária inerentes a este tipo de infração penal.

Mesmo assim a exclusividade tácita ou implícita inerente à polícia militar não poderá ser considerada um óbice para que polícia civil apure o mesmo fato, isto por não se saber precisamente se aquele crime contra a vida; quer pela qualidade da vítima e as circunstancias em que o mesmo foi praticado; quer quanto à identificação do elemento subjetivo ou normativo, enquadra-se ou não no rol dos crimes militares. Em existindo a incerteza, não há como se aplicar a limitação constitucional.

Formuladas estas considerações parte-se agora para uma análise do § 4.° do art. 144 da Constituição Federal que revela uma questão muito interessante, sendo que o açodamento na sua leitura pode levar à falsa impressão de que a polícia civil tem, absolutamente, a exclusividade das funções investigatórias.

Muito pelo contrário, essa atividade de investigar para a polícia civil, pelo próprio texto constitucional, pode mesmo se dizer que é residual.

Aliás, a norma infraconstitucional, antes mesmo de vigorar a atual Constituição Federal, já preceituava neste sentido através do par. ún. do art. 4.° do CPP, isto sem prejuízo daquelas investigações autorizadas em leis especiais (art. 33, par. ún., da Lei Orgânica da Magistratura, LC 35/79; art. 26, inc. I, e par. ún. do art. 41 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/93, o anômalo inquérito judicial referido na Lei de Falências – art. 103 e seguintes; as Comissões Parlamentares de Inquérito – art. 58, § 3.°, da CF etc).

Falando-se então em função de polícia judiciária em relação às polícias civil e militar, não é impróprio afirmar que dita função pode ser concorrente na hipótese de dúvidas quanto à identidade do morto e circunstancias do crime, ou quanto ao elemento subjetivo ou normativo, no sentido desta infração penal ser ou não militar.

Questão totalmente diversa acontecerá naquelas situações em que desde o início se sabia que a vítima era um civil, ou de imediato restou constatado o *animus necandi*.

Nestes casos, está vedado à polícia militar iniciar o investigatório. Se nos apartarmos desta regra correremos o sério risco de criar um confronto face ao texto constitucional, uma vez que, como antes se afirmou, a Constituição Federal conferiu à polícia militar uma exclusividade tácita ou implícita para a apuração dos crimes militares, e se, de antemão, é sabido que esta infração penal não é militar, a técnica de interpretar somente poderá ser feita a contrário senso, devendo então o fato criminoso ter a sua

(6) "Art. 144. (...).

§ 1.° – A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

IV – exercer, com exclusividade, as funções de policia judiciária da União." (grifamos)

apuração pela polícia civil que está investida de uma atribuição constitucional residual

É de trivial sabença que em determinadas hipóteses um inquérito policial não pode ser instaurado, sob pena de gerar um constrangimento ilegal, e dentre estas alista-se a notória falta de atribuição da autoridade policial para deflagrar o investigatório.

Caso uma postura desta natureza venha a ser adotada pela autoridade com poderes de investigar, seja ela civil ou militar, tal prática ensejará o surgimento de uma justa causa para impetração da ordem *de habeas corpus*, de modo que assim se faça cessar o referido constrangimento.

Isto acontece, porque apesar da atribuição da autoridade investigante guardar um caráter discricionário esta atribuição nunca poderá ser exercida de forma arbitrária, e para esse tipo de conduta reprovável há o controle jurisdicional, que pode ser prévio ou posterior, através da via constitucional do *habeas corpus*.

Outra interpretação a ser dada ao § 2.º do art. 82 do CPPM, sem prejuízo das anteriores, será também admiti-lo como uma regra de direito intertemporal, vale dizer, aplicável àqueles casos de inquéritos policiais militares que já haviam sido instaurados antes da vigência da lei nova em crimes dolosos contra a vida de civil, os quais, concluídos ou não, terão que ser. remetidos à justiça comum.

2. Prisão-apuração da resistência e do uso da forá pela autoridade policial militar

O art. 284 do CPP[7] estabelece como regra maior a proibição do uso da força para que se realize a prisão de qualquer pessoa. Porém, por exceção, admite que a mesma venha a ser empregada no caso de resistência ou tentativa de fuga daquele cuja prisão deva ser efetuada.

Em relação a esse desvio da regra maior, o Código de Processo Penal (art. 292[8]) e o Código de Processo Penal Militar (art. 234, *caput*[9]) cuidam de estreitar a utilização da força, estabelecendo condições e requisitos a serem observados quando se fizer necessária a sua aplicação pela autoridade policial.

Dentre as regras cuja observância cumpre ser guardada para legalidade do uso da força está a obrigação da lavratura de um auto de toda a diligência, registro este que o celebrado José Frederico Marques tratou como "auto de resistência".[10]

Apesar da doutrina, estribada na lei, pontificar a lavratura do auto de resistência, não pode ser esquecido que este apenas tem por fim assentar a mecânica do acontecimento dos fatos.

(7) "Art. 284 – Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentatlva de fuga do preso."

(8) "Art. 292 – Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas."

(9) "Art. 234. 0 emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas."

((10) Elementos de Direito Processual Penal, v. IV, p. 81, 1997, BooKseller.

Não se deve, portanto, entrever neste auto qualquer tipo de poder a conferir legitimidade para o uso desmedido da força policial, averbe-se, da qual somente será possível se valer a autoridade policial quando o capturando resistir ativamente à ordem de prisão mediante violência ou grave ameaça, quando então a referida autoridade poderá empregá-la como meio de defesa ou para evitar uma fuga.

Nestes casos, o vigor físico que é permitido à autoridade apenas será legítimo se os meios que se faziam necessários foram utilizados sem exorbitância, relutando-se inclusive, naquela oportunidade, contra uma agressão ou fuga, atual ou iminente.

Mesmo que legitimado o uso da força pelo preenchimento dos requisitos legais, poderá decorrer da necessária resposta à resistência a morte do capturando ou que este venha a suportar alguma lesão corporal.

Se a conseqüência do emprego da força por parte da autoridade policial militar tiver como conseqüência a morte do capturando, e sendo este um civil, o inquérito policial deverá ser instaurado pela polícia civil, a quem incumbirá as atividades de polícia judiciária, uma vez que estar-se-á atuando no campo do crime doloso contra a vida, cuja ilicitude poderá restar excluída em decorrência do militar ter atuado no estrito cumprimento do dever legal.

Inclusive a jurisprudência posiciona-se neste sentido:

"É por seu turno, de Nélson Hungria, a anotação de que no cumprimento de dever (que pressupõe no executor um funcionário ou agente do Estado, agindo por ordem da lei, a que deve estrita obediência) o rompimento da oposição pela violência, ainda que esta não constitua legítima defesa, pode ser. praticado pelo executor *ex proprio Marte* (posto que atendidas as formalidades legais e não haja excesso no *modus*). Transcreve José Frederico Marques palavras ainda mais expressivas de Enrico Ferri: 'Os funcionários e agentes públicos têm o dever de executar e de fazer executar a lei, usando das faculdades a eles reconhecidas pela própria lei. Pelo que os atos por eles realizados no cumprimento deste dever – mesmo com o uso das armas, nos casos previstos pela lei – muito embora danificando ou suprimindo interesses e direitos individuais (propriedade, liberdade pessoal, vida, etc.) são *secundum ius* e, portanto, sem caráter criminoso, a menos que não ultrapassem em excesso, determinados motivos anti-sociais, pelos quais o funcionário público abusa de seu poder'" (TJSP – Rec. – rel. Des. Adriano Marrey – RT 426/358).

Trasladando-se estas regras ao presente estudo, caso o confronto tenha ocorrido antes da vigência da Lei 9.299/96, por ser tratar a mesma de norma manifestamente processual, o inquérito policial militar que ainda esteja em tramite deverá ser remetido ao órgão do MP que funcione em crimes desta natureza, diga-se, de regra despido de atribuição junto à Auditoria Militar, considerando-se, sobretudo, o local em que se consumar a infração penal, salvo as hipóteses de crimes plurilocais.

Quanto a aplicação das normas de caráter processual ínsitas na lei nova, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir:

"Homicídio cometido por militar contra civil. Competência da justiça comum. Lei 9.299/96. Aplicação aos casos ocorridos antes de sua vigência. AO definir a competência da Justiça Comum para os crimes contra a vida, cometidos por militar contra civil, a Lei 9.299/96 (Boletim 120) é de aplicação imediata, a teor do disposto no art. 2.º do CPP.

Voto do Min. relator

O Exm.º Sr. Min. William Patterson: – A Dra. Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ilustre Subprocuradora-

Geral da República, ao manifestar-se sobre a espécie disse (fls. 162):

'A denúncia atribui aos pacientes, policiais militares, a prática de crime militar, consistente no homicídio do civil J.M.O.

A Lei 9.299/96, alterou o art. 9.º do CPM, acrescentando-lhe um par. ún., que assim dispõe:

'Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vi da e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum'.

Tratando-se de norma, no particular, de natureza evidentemente processual, a sua aplicação imediata se impõe (CPP, art. 2.º).

Em conseqüência, opina o MP Federal pelo provimento do recurso, a fim de que os autos sejam encaminhados à Justiça Comum.'

Estou de inteiro acordo com as considerações postas em destaque. Na verdade, a disposição legal referenciada, de nítida natureza processual, tem aplicação cogente, vale dizer, eficácia automática e necessária, para reger as situações jurídicas em curso.

Comentando a regra do CPP (art. 2.º), leciona, com sabedoria, o Prof. Borges da Rosa (in Comentários ao Código de Processo Penal, 3.ª ed., p. 41/42)

'Em matéria de Direito Processual Penal Transitório a regra é que as Leis de Organização Judiciária e de Processo entram, desde logo, em vigor no prazo marcado para elas e se apoderam imediatamente de todos os procedimentos novos ou em curso, sendo indiferente que os crimes tenham sido cometidos no vigor de outra Lei Processual Penal, seja qual for. Esta regra é uma aplicação (e não um desconhecimento) do princípio geral válido para toda Lei, segundo o qual, na ausência de expressas disposições em contrário, a norma jurídica não pode ser aplicada a fatos passados, ou de modo a invalidar os efeitos já verificados, ou tolher eficácia, no todo ou em parte, dos efeitos ulteriores sob a única consideração do fato passado.'

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, em conseqüência, conceder a ordem de *habeas corpus*, para reconhecer aplicável ao caso preceituado na Lei 9.299/96, de sorte a reconhecer a competência da Justiça Comum. (STJ, Rec. de *Habeas Corpus* 5.660/SP, rel. Min. Willian Patterson, D.J.U. 23.09.96).

Numa outra hipótese, se a utilização da força pelo policial militar importar em lesões corporais no capturando, neste caso ainda um civil, independentemente da gravidade das lesões o inquérito policial também deverá ser. instaurado pela polícia civil, já que se presume, via de regra, que na extensão do revide o agente até admite matar o seu opositor para defender-se. Neste caso, o fato em si é típico, e apenas poderá ser convertido numa conduta lícita e admitida pelo ordenamento jurídico em razão da presença de uma causa de exclusão de ilicitude.

Excepcionalmente, desde que comprovado de imediato, e incontestavelmente, que a autoridade policial militar agiu com vontade de lesionar, a investigação deverá ficar a cargo da polícia militar, justamente porque ficou caracterizado que o militar entrou em ação utilizando-se da força em razão da sua função (art. 9.º, II, *c*, do CPM).

Quanto a esta última situação de lesões corporais praticados por militar numa das circunstancias previstas no inc. II do art. 9.º do CPM parênteses importantes devem ser inseridos em razão da Lei 9.099/95, precisamente quanto às questões da condição de procedibilidade e do *sursis processual*, este último tratado nas Disposições Finais da mencionada lei.

Até então, na Justiça Militar, por primazia a ação penal sempre foi pública

incondicionada, e, excepcionalmente, a mesma estava sujeita a uma condição de procedibilidade nos termos do art. 122 do CPM[11] e art. 31 do CPPM[12], onde a deflagração da ação penal dependia da requisição do Ministério Militar ou Ministério da Justiça.

Em síntese, não existia na Justiça castrense a ação penal pública condicionada à representação. Todavia, hoje sucede que o Supremo Tribunal Federal por suas duas turmas, vem admitindo que na Justiça Militar o crime de lesões corporais leves e o de lesões corporais culposas (arts. 209 e 210, do CPM) dependem de representação do ofendido (art. 88 da Lei 9.099/95).[13]

Não é só isso. Também nossa Suprema Corte, nas mesmas decisões, reconheceu a aplicação do *sursis processual* no âmbito da Justiça castrense (art. 89 da Lei 9.099/95).[14]

"RHC N.74606-3

Relator: Min. Mauricio Corrêa

EMENTA: RECURSO EM *HABEAS-CORPUS*. CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA PRATICADO POR SOLDADO DA AERONÁUTICA: NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO.

1. Os arts. 88 e 91 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26.09.95), que exigem representação do ofendido para a instauração de processo-crime, aplicam-se a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às lei codificadas Código Penal e Código Penal Militar – ou às extravagantes, de qualquer natureza.

2. Recurso em *habeas-corpus* conhecido e provido para anular o processo-crime a que foi submetido o paciente-recorrente, ressalvando-se, contudo, que poderá o mesmo ser renovado com o aproveitamento dos atos processuais indicados na lei, caso a vítima, devidamente intimada na forma prevista na parte final do art. 91 da Lei 9.099/95, ofereça representação no prazo de trinta dias." (Clipping do DJ de 23.05.1997)

Decisão no mesmo sentido foi prolatada pela Primeira Turma do STF:

"APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95 E JUSTIÇA MILITAR

A ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais

(11) "Art 122. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende da requisição do Ministério Militar a que aquele estiver subordinado; no caso do art. 141, quando o agente for c ivil e não houver co-autor militar, a requisição será do Ministério da Justiça Militar."

(12) "Art. 31. Nos crimes previstos nos arts. 136 a 141 do Código Penal Militar, a ação penal, quando o agente for militar ou assemelhado, depende de requisição, que será feita ao procurador-geral da Justiça. Militar, pelo Ministério a que o agente estiver subordinado; no caso do art. 141 do mesmo Código, quando o agente for civil e não houver co-autor militar, a requisição será do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. Sem prejuízo dessa disposição, o procurador-geral da Justiça Militar dará conhecimento ao procurador-geral da República de fato apurado em inquérito que tenha relação com qualquer dos crimes referidos neste artigo."

(13) "Art. 88 – Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas."

(14) "Art. 89 – Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)..."

culposas de competência da justiça militar (CPM, art. 209 e 210) depende de representação do ofendido, conforme o disposto no art. 88 da Lei 9.099/95 ('Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.'). Considerou-se, também, que a Lei 9.099/95, ao excluir da competência dos juizados especiais o julgamento dos crimes militares (art. 61: 'Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os caos em que a lei preveja procedimento especial.'), não impede a aplicação pela justiça militar do art. 89 da referida lei ('Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo...').

Com base nesse entendimento, a turma deu provimento ao recurso de *habeas corpus* para suspender o processo-crime instaurado conta militar denunciado por crime de lesões corporais leves (CPM, art. 209) a fim de que se proceda à intimação da vítima, nos termos do art. 91, da Lei 9.099/95 ['...o ofendido ou o seu representante legal será intimado para oferecê-la (a representação) no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.']. Precedente citado: RHC 74.606-MS (DJU de 23.5.97, v. Clipping do DJ)." RHC 74.547-SP, rel. Min. Octávio Galloti, 20.05.97.(Informativo STF, 72)

Diante daquela última hipótese aventada (de estar copiosamente comprovado que a autoridade militar, ao utilizar da força, agiu com vontade de lesionar), para que se instaure o competente inquérito policial, que apurará as circunstancias em que se deu este fato, será necessário que a vítima represente objetivando este fim.

Como visto, a legislação processual penal militar não previa a ação penal pública condicionada à representação, somente à requisição, e mesmo neste caso a lei militar foi tão silente quanto o Código de Processo Penal em relação ao destinatário do ato requisitório, com o que deve ser subentendido que em tal situação a aludida requisição cumpre ser. direcionada ao Chefe do Ministério Público da Justiça Militar.

E agora, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação na justiça militar, como se soluciona a questão da instauração do inquérito policial militar diante da omissão do Código de Processo Penal Militar?

Dita questão deve começar a ser resolvida pelo próprio Código de Processo Penal Militar, o qual, na alínea *a* do art. 3.º, autoriza que a legislação de processo penal comum venha prover os casos omissos[15].

Sendo assim, plena aplicação terá a regra constante do § 4.º do art. 5.º do CPP,[16] que não permite a instauração do inquérito policial sem a representação naqueles crimes cuja ação penal é pública condicionada à referida representação.

Isto porque, no caso do uso da força pela autoridade policial militar, onde esta aja com *animus laedendi*, em ocorrendo uma lesão corporal leve, este ilícito penal, em tese, hoje é daqueles cuja *persecutio criminis in judicio* se dá por

(15) "Art. 3.º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar."

(16) "Art. 5.º – ...

§ 4.º – O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado."

ação penal pública condicionada à representação.

Desta forma, a possibilidade da instauração do inquérito policial militar deve ser analisada à luz do § 4.º do art. 5.º do CPP, de sorte que se a vítima, militar ou não, não representou, ou não manifestou sua vontade no sentido de que fossem iniciadas as investigações, estas não podem ser deflagradas, e se assim ocorreu, faltou justa causa para a instauração do inquérito policial, podendo até mesmo ser afirmado que a falta de justa causa, nesta hipótese, é fato jurídico de natureza processual penal idôneo a causar um constrangimento ilegal sanável pela estreita via do *habeas corpus*

Cabe ainda destacar, que se a atual posição do Supremo Tribunal Federal é de aplicar na Justiça Militar o art. 88 da Lei 9.099/95, conjugado a este dispositivo devem ser atreladas as regras insertas nos arts. 24, § 1.º, e 38 do CPP,[17] uma vez que a legislação processual penal militar não poderia, à época, cuidar de todas as extensões da matéria ante a inexistência da figura da representação quando da elaboração do Código de Processo Penal Militar.

Ressalte-se apenas, que a regra do artigo 38 do Código de Processo Penal apenas terá cabimento nos crimes praticados após a vigência da Lei 9.099/95, posto que para as infrações penais de menor potencial ofensivo acontecidas antes de entrar em vigor a lei nova aplicar-se-á a norma constante do art. 91 da citada lei.

No caso de dúvida quanto ao *animus* do policial militar que face a resistência usou da força causando lesões corporais num civil, nada impede que ocorra a duplicidade de investigatórios pela polícia civil e a militar. Nesta hipótese, a dúvida que permitirá a instauração do IPM deverá ser séria, isto no sentido de afastar a presunção inata de que na ação de revide o agente comumente admite a hipótese de matar o seu opositor, ainda que para defender-se ou evitar a fuga do mesmo.

Outra situação que também pode acontecer, é aquela em que o emprego da força se dê por parte da autoridade policial militar para capturar e prender outro policial militar.

Tal hipótese pode se dar, por exemplo, no caso de um policial militar ser flagrado numa operação militar de fiscalização de automóveis praticando uma concussão contra um particular que estivesse numa situação irregular ou de flagrante delito após a revista de seu veículo (art.305 do CPM).

Surpreendido o militar na prática deste crime haveria a possibilidade do mesmo resistir à ordem prisão mediante violência ou grave ameaça, sendo que diante desta resistência a autoridade policial militar teria que fazer uso da força para realizar a prisão, com o que poderia resultar do confronto lesões corporais no opositor ou mesmo a sua morte.

(17) "Art. 24 – Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1.º – No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 38 – Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Parágrafo único – Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, par. ún., e 31."

Nesta situação imaginada estaremos diante da mesma causa de exclusão da ilicitude, e como o crime que proveio do emprego da força foi praticado quando a autoridade policial militar estava atuando em razão da função (art. 9.°, inc. II, alínea c, do CPM) deverá ser instaurado o competente inquérito policial militar, isto porque o opositor também era policial militar.

De outra parte, se do embate não ocorreu a morte do opositor, deverá ser instaurado um inquérito policial militar para apurar a prática do crime perpetrado por este último contra a Administração Militar, além de, como dito, uma eventual infração penal surgida em razão do uso da força pelo militar contra àquele que resistiu à prisão. Aqui também consideradas situações de crimes militares (art. 9.°, inciso II, alínea *c*, do CPM).

Se quando da ação, o policial militar que usou da força para prender o seu opositor, igualmente militar, vier a ser ferido ou morrer, deverá ser instaurado um inquérito policial militar para apurar os crimes militares cometidos pelo policial militar opositor, vale dizer, caberá a instauração do IPM para investigar o crime contra a pessoa, tentado ou consumado, assim como aquele cometido contra a Administração Militar.

Algumas situações ligadas à instauração de investigatórios poderão surgir em relação ao uso da força pela autoridade policial militar quando vier a ocorrer a *aberratio ictus*, figurando como opositor um militar.

Em sendo utilizada a força pela autoridade policial militar, e vindo esta apenas a atingir o civil causando-lhe a morte ou lesões, incidirá a figura da *aberratio ictus* com unidade simples, teoria aceita pela nossa legislação penal militar que admite apenas um delito, um só crime doloso, que conforme o evento naturalístico poderá importar num homicídio tentado ou consumado.

Neste caso, para definir-se a atribuição de quem exercerá as funções de polícia judiciária será necessário que se atente para o que dispõe o art. 37 do Código Penal Militar e seus parágrafos.

Se assim determina a lei penal militar, ter-se-á que levar em conta as condições e qualidades da pessoa visada, na presente situação o opositor, e não a do civil que foi atingido por erro na execução.

Sobre este tema pontifica Damásio de Jesus[18]:

"(...) Significa que no tocante ao crime cometido pelo sujeito não devem ser considerados os dados pessoais da vítima efetiva, mas sim esses dados em relação à vítima virtual (que o agente pretendia ofender(...)"

No senti do da lei penal, a concepção de condições apresenta-se atrelada à classe a que uma pessoa está integrada à sociedade por vários fatores, dentre estes, pelo emprego ou profissão

Por sua vez, o que se representa em geral por qualidade está ligado aos atributos que fazem com que pessoas ou coisas sejam apreciadas, quer levando-se em consideração a posição social de alguém ou as características e natureza de algum objeto.

Desta forma, se a vítima efetiva, atingida quando do uso da força policial, era um civil, tal fato será irrelevante para definir-se de quem será a atribuição para as atividades de polícia judiciária, posto que o que deverá ser considerado é a condição da vítima virtual, na espécie o militar opositor.

Se a vítima virtual, que surge face ao uso da força pela autoridade militar, era o militar opositor, que naquele momento estava na sua atividade funcional, por tais razões deverá ser instaurado o com-

(18) Código Penal Anotado, Saraiva, 1989, p. 20.

petente inquérito policial militar, visto que todas as hipóteses de crimes serão de natureza militar.

Uma segunda hipótese de *aberratio ictus* poderá surgir quando a autoridade policial, para vencer a resistência de outro militar venha a atingir este opositor e o civil, os quais acabam morrendo ou sofrendo lesões corporais.

Como no caso anterior, aqui também se pressupõe que na ação de revide a autoridade policial militar até admitiu a possibilidade da matar o seu opositor.

Posto isto, em sendo atingidos opositor militar e civil a figura que passará a existir será a da *aberratio ictus* com unidade complexa (resultado duplo), e que será de fundamental relevância para a discussão ligada à questão de que instituição irá exercer as atividades de polícia judiciária em relação à morte do civil.

Se além da morte do policial militar opositor também ocorrer a morte do civil por ação da autoridade policial militar que teve que usar da força, será importante verificar se aquele que tentou vencer a resistência aquiesceu na morte do civil.

Assim, para o início das investigações, seja em relação à morte do militar, ou a do civil, mesmo neste último caso existindo dúvida ou certeza acerca da aquiescência de sua morte, poderão surgir as seguintes situações:

a) instauração de inquérito policial militar para apurar a morte do militar opositor;

b) instauração de inquérito policial para apurar a morte do civil, face ao que dispõe o parágrafo único do art. 9.º do CPM;

c) instauração de inquérito policial militar se há uma situação de dúvida quanto a morte do civil ter acontecido, ou não, a título de culpa.

Por outro lado, se for induvidoso que o militar que buscou vencer a resistência previu que poderia matar ou ferir o civil quando do uso da força, porém não aquiesceu a qualquer destes resultados, o que deve ser. investigado é a prática, em tese, de um crime culposo em relação ao civil.

Nesta última situação, a solução para o exercício da atividade investigatória vem através da própria legislação penal militar (art. 37 e seus parágrafos), restando claro que a atribuição para investigar os eventos resultantes do emprego da força pela autoridade policial militar será da própria polícia militar em inquérito policial militar.

3. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

FUNDAMENTOS TÉCNICOS DA RESIDUOGRAFIA FORENSE: ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS E CRIMINALÍSTICOS

JOSÉ LOPES ZARZUELA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de residuografia Forense: 2.1 Tipos de Residuografia Forense – 3. Conceito de residuogramas forenses: 3.1 Tipos de residuogramas de interesse criminalístico – 4. Composição química dos cartuchos de munição – CBC: 4.1 Conceito de cartucho íntegro de munição – 5. Ensaios residuográficos de interesse criminalístico – 6. Interesse médico-legal e criminalístico dos ensaios residuográficos: 6.1 Estimativa de distância de tiro; 6.2 Estimativa de ângulo de tiro; 6.3 Diagnóstico diferencial entre homicídio e suidídio praticados por projétil de arma de fogo – 7. Aspecto médico-legal dos ensaios residuográficos: 7.1 Características das lesões corporais provocadas por projétil único; 7.2 Ferimentos de entrada e de saída; 7.3 Particularidades observáveis nos tiros de entrada: 7.3.1 No plano do tecido de indumento; 7.3.2 No plano cutâneo; 7.3.3 No plano ósseo; 7.3.4 No plano circunjacente da superfície cutânea – 7.4 Classificação médico-legal das lesões corporais provocadas por projétil(s) de arma de fogo em função da distância entre a "boca" do cano e o alvo: 7.4.1 Conceito de tiro encostado; 7.4.2 Conceito de tiro encostado com efeito de câmara de mina; 7.4.3 Conceito de tiro próximo; 7.4.4 Conceito de tiro distante – 8. Técnicas de remoção de partículas não-metálicas e metálicas, dos suportes onde se encontram ou se presume possam encontrar-se: 8.1 Através dos meios mecânicos pela utilização de películas de transferência-fitas adesivas cirúrgicas de náilon-3m: 8.2 Através de meios químicos complementares de solublização das remanescentes partículas das regiões mencionadas, pelo emprego de solução aquosa de HNO3 a 5%; 8.3 Importância na realização de ensaios de confronto no laboratório – 9. Interpretação e confronto dos resultados obtidos: 9.1 Ensaios em branco na película de transferência, nas mãos de suspeitos de terem atirado e nos suportes, provável ou certamente atingidos pelo cone de dispersão de partículas oriundas do tiro; 9.2 Utilização de reagentes quimicamente puros – 10. Conclusões periciais.

1. Introdução

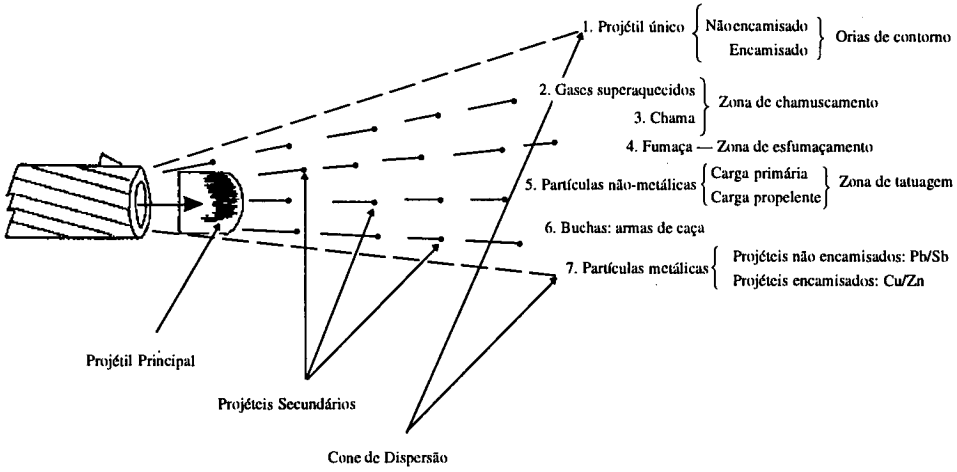
Quando se aciona a tecla do gatilho de uma arma de fogo, particularmente de um revólver que é um instrumento dotado de sistema de arremesso aberto em ambas as extremidades, há reações químicas de combustão da carga de espoletamento seguida de combustão da carga propelente, originando-se significativo volume de gases a elevada temperatura e pressão. Esses gases, providos de extraordinária força expansiva, arrastam partículas procedentes dos explosivos iniciador e propulsor, representadas por íons nitrito, nitrato, bário, chumbo, antimônio, sulfeto etc, partículas estas oriundas da decomposição destes explosivos como que são carregados os cartuchos de munição da linha comercial brasileira. Além destas partículas não-metálicas, quando o projétil é desalojado do estojo, é o mesmo encaminhado ao cano da arma de fogo, em

cuja alma sofre abrasão, isto é, desgaste da superficie de suas paredes em função da concomitância de três fatores dinâmicos:

A – movimento helicoidal que o projétil adquire ao adentrar na culatra;

B – do projétil ser constituído de uma liga metálica cuja dureza é menor do que a dureza do cano da arma de fogo;

C – apresentar o projétil um diâmetro na base ligeiramente superior ao diâmetro interno do cano da arma.



Em função da conjugação destes três fatores, o projétil perde massa representada por corpúsculos arrancados de suas paredes, tanto dos projéteis de chumbo-nu como dos projéteis encamisados. Conclui-se assim que, simultaneamente com o tiro são arremessados, tanto pela culatra como pela "boca" do cano da arma de fogo, projéteis secundários, representados por corpúsculos não-metálicos como nitrito, nitrato, sulfeto, bário, chumbo etc, partículas estas provenientes das cargas ativas da unidade de munição e partículas metálicas oriundas das paredes do projétil de chumbo-nu e das camisas de revestimento do mesmo. Dentro desta concepção pode-se conceituar a RESIDUOGRAFIA.

2. Conceito de residuografia Forense

É o estudo do somatório de corpúsculos metálicos e não-metálicos arremessados, simultaneamente com o projétil, tanto pela culatra como pela "boca" do cano da arma de fogo, por ocasião do tiro, bem como o estudo da gênese e dinâmica de técnicas físicas e químicas utilizadas na determinação destas partículas.

2.1 Tipos de Residuografia Forense

A residuografia diz-se

A – NÃO-METÁLICA, quando interessa à pesquisa os corpúsculos provenientes da combustão dos explosivos iniciador e propelente, isto é, os íons nitrito, nitrato, sulfeto, bário, chumbo, cálcio, carbonato, antimônio, potássio etc.

B – METÁLICA, quando interessam à pesquisa os corpúsculos provenientes da abrasão dos projéteis de chumbo-nu e dos encamisados na alma do cano da arma de fogo, isto é, o chumbo e o antimônio da liga metálica que constitui o projétil propriamente dito e o cobre e zinco da liga metálica formadora da camisa de revestimento (tomback).

Tanto as particulas não-metálicas como as metálicas possuem dimensões microscópicas, isto é, invisíveis aos meios ópticos usuais, exceto ao microscópio eletrônico de varredura, onde tais corpúsculos são observáveis, mostrando formas esféricas dotadas de 1 a 6 μm de diâmetro em ampliação da ordem de 20.000 a 25.000.

3. Conceito de residuogramas forenses

É a representação material da distribuição de partículas não-metálicas e/ou metálicas em uma determinada superfície, corpúsculos estes evidenciados pela aplicação de reagentes químicos destinados à identificação qualitativa de cada não-metal ou metal ionizado, bem como pela aplicação de técnicas físicas (radiografia, análise de ativação de nêutrons etc).

3.1 Tipos de residuogramas de interesse criminalístico

A – NÃO-METÁLICA, quando os residuogramas são obtidos através da identificação química de um determinado íon oriundo das cargas ativas da unidade de munição em pH definido. Exs. íons nitrito, nitrato, sulfeto, carbonato, etc.

B – METÁLICO, quando os residuogramas são obtidos através da identificação química de metais da liga metálica formadora do projétil ou de sua camisa de revestimento, após prévia operação de ionização do metal e aplicação de reagente específico, em determinado pH.

- RESIDUOGRAFIA
  - NÃO-METÁLICA
    - Carga iniciadora
      - Íons do TNR: Pb^{+2}
      - Íons do $Ba(NO_3)_2$: Ba^{+2}, NO_3^-, NO_2^-
    - Carga propelente
      - Base simples
      - Base dupla: íons do K^+, NO_3^-, CO_3^{-2}
  - METÁLICA
    - Projétil de chumbo-nu: Pb^0, Sb^0
    - Projétil encamisado: Cu^0, Zn^0
    - Balim: Pb^0, Sb^0, As^0
- RESIDUOGRAMAS
  - NÃO-METÁLICO: cargas ativas do cartucho de munição
    - Ânions: NO_3^-, NO_2^-, S^{-2}, CO_3^{-2}
    - Cátions: K^+, Pb^{+2}, Ba^{+2}
  - METÁLICO: metais das ligas dos projéteis e das camisas de revestimento
  - QUESTIONADO
  - PADRÕES

Exs. chumbo (II), antimônio (V), cobre (II), zinco.

C – QUESTIONADO, INCRIMINADO ou TESTEMUNHA, quando são obtidos no local do fato na(s) mão(s) do cadáver, do suspeito de ter utilizado a arma de fogo, na peça de indumento atingida pelo cone de dispersão de partículas procedentes da "boca" do cano da arma de fogo.

D – PADRÕES, quando são obtidos experimentalmente no laboratório através de tiros efetuados em alvos de tecidos de pano, em diferentes distâncias e em ângulos conhecidos, a fim de prestarem para confrontos com os residuogramas incriminados revelados em alvos colhidos no local do fato.

4. Composição química dos cartuchos de munição – CBC

4.1 Conceito de cartucho íntegro de munição

É a unidade de munição das armas de fogo raiadas e não-raiadas, de percussão e retrocarga. Os cartuchos da linha comercial da CBC são constituídos:

A – COMPOSIÇÃO DO PROJÉTIL DE CHUMBO-NU

Sob o ponto de vista médico-legal e criminalístico, o projétil é o componente de maior importância, sendo o mesmo caracterizado pela FORMA, MASSA, COMPOSIÇÃO DA LIGA e CALIBRE NOMINAL.

Os projéteis das armas de fogo de tiro unitário e de repetição são fabricados com chumbo metálico endurecido com antimônio.

B – COMPOSIÇÃO DA CAMISA DE REVESTIMENTO

As armas de fogo semi-automáticas, como as pistolas, utilizam cartuchos de munição providos de uma couraça de proteção representada por camisa de revestimento de ligas de cobre, bronze, aço e variedades de latão como o "tomback".

C – COMPOSIÇÃO DA CARGA INICIADORA

Constitui mistura de compostos químicos, alguns dotados de estruturas extremamente sensíveis à percussão e ao calor. Estas substâncias quando detonadas libertam consideráveis quantidades de energia, particularmente térmica. Nestas misturas os compostos de estruturas instáveis são representadas pelo TNR (trinitroresorcinato de chumbo II) e pelo GNAGT (guanilnitroaminoguaniltetrazeno).

D – COMPOSIÇÃO DA CARGA PROPELENTE

Constitui mistura de substâncias químicas e composta, simples e composta, que ao sofrerem combustão, liberam considerável volume de gases, sob alta temperatura e elevada pressão.

Nas cargas propelentes de cartuchos de base simples tem-se o TNC (trinitrato de celulose) e nas cargas propulsoras de base dupla tem-se mistura de TNC E TNG (trinitrato de glicerila) como compostos dotados de estruturas lábeis que, sob a ação do calor se decompõe liberando significativo volume de gases em elevada temperatura e pressão.

E – COMPOSIÇÃO DO ESTOJO

Constitui o componente essencial do cartucho de munição, reúne todos os demais.

Os estojos das armas de fogo de almas raiadas são metálicos e os estojos das armas de almas lisas são fabricados de metal ou mais comumente de cartão endurecido e base metálica. Os estojos das armas raiadas têm diversas formas: cilíndricas, tronco-cônicos, com ou sem estrangulamentos, com gargalo, sendo confeccionados com cobre e latão.

F – COMPOSIÇÃO DA CÁPSULA DE ESPOLETAMENTO.

Constitui o receptáculo metálico que se carrega com a escorva, encontrando um componente do cartucho de munição integrante do estojo ou nele montado, encontrando-se em superfície interna orifícios que se comunicam com o interior do estojo, chamados eventos.

Na composição da cápsula de espoletamento entra o latão vermelho ou o amarelo.

G – COMPOSIÇÃO DA BUCHA

Constitui disco de cortiça, de plástico ou de serragem compactada com cola, destinada a conter a carga de balins dos cartuchos de armas de caça.

H – COMPOSIÇÃO DOS BALINS

Constituem os projéteis com que são carregados os cartuchos de munição das armas de fogo de tiro múltiplo. Os balins contituem esferas de diferentes diâmetros constituídos de chumbo, antimônio e arsênio.

COMPONENTES DO CARTUCHO ÍNTEGRO DE MUNIÇÃO - CBC									
Buchas	**Tipos de projéteis**			**Estojos**		**Cargas explosivas**		**Cápsulas de espoletamento**	
	De chumbo nu	Encamisados	Balins*	Projéteis convencionais	Armas de caça	Cartucho de base simples	Cartucho de base dupla	Latão vermelho	Latão amarelo
Constituem cilindros de serragem comprimida com cola	Pb = 99 a 99,5% Sb = 0,5 a 1%	Cu = 90% Zn = 10%	Pb = 97% Sb = 2,5% As = 0,33 a 0,5%	Cu = 70% Zn = 30%	Base metálica Corpo de latão endurecido	Composição da mistura iniciadora: TNR GNAGT Sb_2S_3 Ca_2Si $Ba(NO_3)_2$ Composição da mistura propelente: TNC = 95 a 98% Difenilamina Grafite Centralite	Composição da mistura iniciadora: TNR GNAGT Sb_2S_3 Ca_2Si $Ba(NO_3)_2$ Composição da mistura propelente: TNC = 80 a 90% TNG = 5 a 12% Difenilamina Grafite Centralite KNO_3 K_2CO_3	Cu = 70% Zn = 30%	Cu = 67% Zn = 33%
* Armas de caça									

5. Ensaios residuográficos de interesse criminalístico

Dentro das concepções apresentadas relativas à RESIDUOGRAFIA, depreende-se que em determinada área topográfica da(s) mão(s) e quirodáctilos do atirador incidem partículas não-metálicas e metálicas que devem ser pesquisadas por PERITOS QUÍMICOS que reúnam simultaneamente a seguinte qualificação:

A – experiência no campo da perícia criminal a fim de saberem onde e como coletar partículas e interpretar os resultados observados. Os PERITOS devem ter cultura necessária e suficiente para, ao elaborarem seus trabalhos, estarem capacitados ao VISUM, ET REPERTUM ET INTERPRETATUR;

B – conhecimento de micro-análise, indispensável para saber até onde o ensaio apresenta interesse técnico vinculado à ocorrência, permitindo-lhes tirar conclusões sobre qual indivíduo procedera o tiro de relativamente a outra(s) em cuja(s) mão(s) foram encontrados produtos residuais de combustão das misturas iniciadora e propelente oriundas de contaminação. É necessário enfatizar que os ensaios residuográficos devem ser realizados com extrema cautela por PERITOS QUÍMICOS hábeis, pois dentro da delicadeza que a técnica envolve, pode tornar-se uma "faca de dois gumes" aos interesses da JUSTIÇA, sempre que ultimada com imperícia a coleta de resíduos da(s) mão(s) de suspeitos de terem disparado uma arma de fogo para posterior análise e inadequada interpretação de outros PERITOS, ou pior do isto, sem nenhuma interpretação dos resultados obtidos de PERITOS divorciados do evento ou desinteressados em procurar saber se o ensaio positivo significa presença de partículas que efetivamente bombardearam a mão do atirador ou se constituem materiais de contaminacão. Conclui-se assim que, apesar de comprovar-se a existência de uma ou de várias partículas metálicas e não-metálicas na(s) mão(s) do suspeito, se não proceder-se rigorosa interpretacão dos resultados sob o ponto de vista topográfico de sua localização, absolutamente não autoriza inferências de que determinado indivíduo tenha sido o autor de disparo de arma de fogo.

6. Interesse médico-legal e criminalístico dos ensaios residuográficos

6.1 Estimativa de distância de tiro

A apreciação e interpretação de RESIDUOGRAMAS de tiros experimentais contra alvos de tecido de pano, em distâncias perfeitamente determinadas entre a "boca" do cano da arma e o alvo, confrontadas com RESIDUOGRAMAS TESTEMUNHAS, permitem deduzir qual a distância que havia entre o atirador e a vítima quando da realização do tiro.

6.2 Estimativa de ângulo de tiro

Procede-se como na avaliação da distância de tiro, realizando-se tiros experimentais em ângulos determinados pelo cano da arma de fogo e o alvo, isto é, ângulos de 30, 45, 60, 90 graus. Obtidos os perfis dos REDIDUOGRAMAS-PADRÕES, confronta-se com os RESIDUOGRAMAS-TESTEMUNHAS em distância já definida

6.3 Diagnóstico diferencial entre homicídio e suidídio praticados por projétil de arma de fogo

Para tal diagnóstico os PERITOS devem considerar os seguintes aspectos de ordem técnica a fim de formarem convicção sobre a etiologia do evento:

A – ZONA DE ELEIÇÃO

Nos suicídios a vítima apoia a "boca" do cano da arma em determinads regiões denominadas, sob o ponto de vista médico-legal, zonas de eleição: temporal, cavidade bucal, conduto auditivo externo, precordial e, mais raramente, na região submentoniana, frontal e occipital. O prof. ERALDO RABELLO preleciona que o gesto suicida é aquele que demanda menor esforço, a mais cômoda e natural posição e a certeza de ser a região eficaz para a consumação do ato. Por esta razão, tiros de preferência do suicida são praticados na cabeça e no coração. Ferimentos na região nasal, orbicular e em outras sedes da cabeça e do tronco devem ser analisados com extrema prudência pois podem ter etiologia homicida.

B – EXAME DO LOCAL PERINECROSCÓPICO

É sumamente importante que os PERITOS procedam acurado exame do local do fato, pois estes em muitas ocorrências, por si só são suficientes para a segura comprovação da natureza do evento. Constituem relevantes aspectos a serem apreciados e interpretados em locais de suicídio:

a – ausência de vestígios de luta; b – disposição regular das peças de indumento da vítima; c – filiação de punho da vítima com a escrituração de cartas, bilhetes explicativas do ato extremo;

d – presença da arma de fogo no local; e – coleta de resíduos não-metálicos e metálicos da(s) mão(s) em regiões topográficas compatíveis com a prática do tiro.

C – DIAGNÓSTICO DE TIRO ENCOSTADO

São aqueles desfechados com a "boca"do cano da arma apoiada na região lesada.Nos suicídios geralmente o ferimento é único, com efeito de câmara de mina nos tiros provocados na região temporal, observando-se, não raro, queima de pêlos (daí a expressão tiro a queima roupa), queimadura na epiderme pela ação de gases superaquecidos e eventual combustão da peça de indumento vestida pela vítima em tiro na região precordial.

D – NECROPSIA

Complementando os exames do LOCAL PERINECROSCÓPICO, a necropsia revelará se a lesão pérfuro-contusa por sua SEDE, NÚMERO DE FERIMENTOS, ORIENTAÇÃO DAS LESÕES e SENTIDO, é ou não compatível com o diagnóstico de suicídio ou homicídio.

7. Aspecto médico-legal dos ensaios residuográficos

7.1 Características das lesões corporais provocadas por projétil único

Os projéteis das armas de fogo constituem corpos dotados de massas e formas determinadas, capazes de serem arremessadas pelo cano, graças à energia química oriunda da combustão de misturas de substâncias contidas no cartucho íntegro de munição.

Os projéteis das armas de fogo realizam determinado trabalho, representado:

A – pela distância que percorrem no ar;

B – pela capacidade de penetração ou de destruição do alvo;

C – pela provocação de lesões corporais no ser humano.

7.2 Ferimentos de entrada e de saída

A – FORMA GEOMÉTRICA PREDOMINANTE

Os ferimentos pérfuro-contusos de entrada mostram diferentes formas:

a – Circular, quando o projétil adentra

no plano cutâneo perpendicularmente, sem sofrer deformações antes de atingir e penetrar no corpo humano; b – Elipsoidal, quando o projétil adentra no plano cutâneo obliquamente, sem sofrer deformações antes de atingir e penetrar no corpo humano;

c – Estrelado, quando o tiro é desfechado com a "boca" do cano da arma encostado no alvo. É necessário lembrar que os projéteis supersônicos provocam igualmente ferimentos estrelados ao penetrarem no corpo humano em tiros não encostados;

d – Atípica, quando o projétil, antes de atingir e penetrar no corpohumano, sofre deformações em sua ogiva ou corpo cilíndrico ou se fragmenta em decorrência de ricochete. Os ferimentos pérfuro-contusos de saída, nos tiros transfixantes mostram as seguintes formas:

a – Estrelada;

b – Em retalho, análogo aos ferimentos incisos em que o gume do instrumento é acionado obliquamente no plano cutâneo;

c – Cruciforme;

d – Elipsoidal

B – BORDAS

a – O ferimento de entrada nas lesões pérfuro-contusas apresenta bordas invaginadas;

b – O ferimento de saída nas lesões pérfuro-contusas apresenta bordas evertidas.

C – DIMENSÕES DA LESÃO PÉRFURO-CONTUSA

a – Nos ferimentos de entrada predominantemente circulares,o diâmetro da lesão é menor que o diâmetro da base do projétil, devido à tonicidade e elasticidade do derma;

b – Nos ferimentos de saída predominantemente circulares, o diâmetro da lesão é maior que o diâmetro da base do projétil nos tiros transfixantes em que o projétil não se deforma

D – ORLAS DE CONTORNO

Nos ferimentos de entrada do projétil sempre se observam:

a – Orla de Contusão, lembrando que o projétil é, basicamente, um agente contundente. Este vestígio é chamado ANEL DE CONTUSÃO DE THOINOT;

b – Orla de Enxugo, presente quando o projétil atinge e penetra no plano cutâneo, isto é, em região não protegida por peça de indumento. O projétil carrega em suas paredes impurezas que deposita nas bordas da lesão contusa ao penetrar no plano cutâneo. Esta deposição de impurezas chama-se ANEL DE LIMPEZA DE CHAVIGNY.

c – Anel de FISCH. Constitui a superposição do Anel de CHAVIGNY no Anel de THOINOT.

E – ZONAS DE CONTORNO

A presença de zona ou de zonas de contorno está(ão) condicionadas a determinadas distâncias entre a "boca" do cano e o alvo, no momento do tiro. Não ocorrem nos tiros encostados e naqueles em que o alvo se acha fora do alcance do cone de dispersão de partículas não-metálicas e metálicas. Conseqüentemente se a "boca" do cano se encontra em distância do alvo superior a 0 cm e abaixo da distância que representa o máximo alcance dessas partículas, sob a forma do cone de dispersão, observam-se no alvo, respectivamente:

a – ZONA DE CHAMUSCAMENTO ou de QUEIMADURA. Constitui área circunjacente ao orifício de entrada nos tiros em que a distância entre a "boca" do cano da arma e o alvo permite que os gases superaquecidos exerçam ação adustiva no plano cutâneo, apesar do curtíssimo espaço de tempo que esses gases inflamados mantém contato com a pele. Esta queimadura é denominada SINAL de CHRISTINSON e corresponde a uma queimadura de primeiro grau na classificação médico-legal de LUSSENA-HOFMANN;

b – ZONA de ESFUMAÇAMENTO ou de FALSA TATUAGEM. Constitui área circunjacente ao orifício de entrada do projétil representada pela deposição mecânica de fuligem e outros resíduos pulverulentos oriundos da combustão das cargas ativas da unidade de munição no plano cutâneo ou na peça de indumento atingida pelo cone de dispersão das partículas de fuligem;

c – ZONA de TATUAGEM. Constitui área circunjacente ao orifício de entrada do projétil, representada por uma fração de grânulos do propelente combustos e incombustos que, pela densidade que possuem essas partículas, percorrem maior distância e dotadas de energia cinética capaz de penetrarem nas camadas da epiderme ou mesmo do derma. Nos ferimentos tranfixantes, ao redor da lesão contusa de saída do projétil, não há zonas de contorno, representando importante vestígio caracterizador dos ferimentos de saída.

Características das lesões corporais de entrada e de saída no corpo humano provocadas por projétil(s) de arma de fogo

Características	Lesão de entrada	Lesão de saída
Forma geométrica predominante	1. Circular, quando o projétil penetra no plano cutâneo perpendicularmente 2. Elipsoidal, quando o projétil penetra no plano cutâneo obliquamente. 3. Estrelada, quando o projétil penetra no plano cutâneo com a "boca" do cano encostada no alvo. 4. Atípica, quando o projétil, antes de atingir e penetrar no plano cutâneo, sofre deformação.	1. Poligonal ou estrelado 2. Em retalhado 3. Cruciforme 4. Em fenda
Bodas	Invaginadas.	Evertidas.
Dimensões da lesão corporal pérfuro-contusa	Nos ferimentos circulares, o diâmetro do ferimento é menor do que o diâmetro da base do projétil.	Nos ferimentos circulares, o diâmetro do ferimento é, via de regra, maior que o diâmetro da base do projétil.
Orlas de contorno	Orla de contusão sempre presente. É denominada anel de contusão de THOINOT. Orla de enxugo presente quando o projétil penetra diretamente no plano cutâneo. É denominada anel de CHAVIGNY.	Só presente na Orla de Contusão.
Zonas de contorno	Dependentemente da distância da "boca" do cano da arma de fogo ao alvo, poderá existir zonas de chamuscamento, de esfumaçamento e de tatuagem.	Sempre ausentes.

7.3 Particularidades observáveis nos tiros de entrada

Particularidades observáveis nos tiros de entrada	
1. No plano do tecido de indumento	A. Sinal de desfiamento cruciforme, descrito por NÉRIO ROJAS B. Sinal de escarapela, descrito por CAMILE SIMONIN C. Sinal de calcado, descrito por PABLO BONNET
2. No plano cutâneo	O projétil ao atingir o plano cutâneo poderá penetrar em qualquer região, inclusive em orifício natural como cavidade bucal, fossa nasal, ânus, vagina.
3. No plano ósseo	A. Sinal de CUELI-BENASSI B. Sinal de Funil de Bonnet C. Sinal de CHAVIGNI
4. No plano circunjacente da superfície cutânea	Sinal de PUPPE-WERKGARTNER

7.3.1 No plano do tecido de indumento

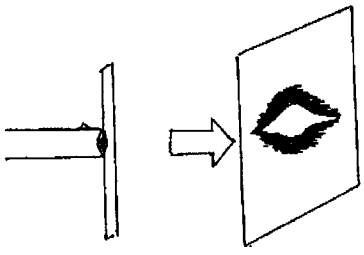
A – SINAL de NÉRIO ROJAS ou DESFIAMENTO CRUCIFORME Consiste em rasgadura irregular e parcial combustão do tecido de peça de indumento, quando o tiro é efetuado "a queima-roupa", ocorrendo também deposição de partículas não-metálicas e metálicas na periferia do orifício de penetração do projétil;

B – SINAL de CAMILE SIMONIN ou SINAL de ESCARAPELA Consiste na (deposição de partículas oriundas da combustão das cargas ativas da unidade de munição na face interna do plano da peça de indumento que se situa junto ao plano cutâneo, sob a forma de uma deposição de coloração negra ou acinzentada ao redor da solução de continuidade produzida no tecido de pano atravessada pelo projétil.

C – SINAL de EMÍLIO BONNET ou SINAL de "CALCADO" Consiste em tiro encostado no plano cutâneo sobreposto por tecido de roupa sob o qual há outro de tecido branco. As partículas em combustão das cargas ativas do cartucho atravessam a trama da superfície do primeiro tecido, isto é do mais externo, depositando-se sobre o segundo tecido;

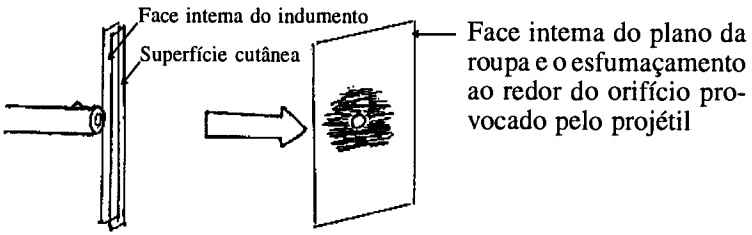
Particularidades observáveis nos tiros de entrada no plano do tecido do indumento

1. Sinal de Rojas: Desfiamento cruciforme do indumento

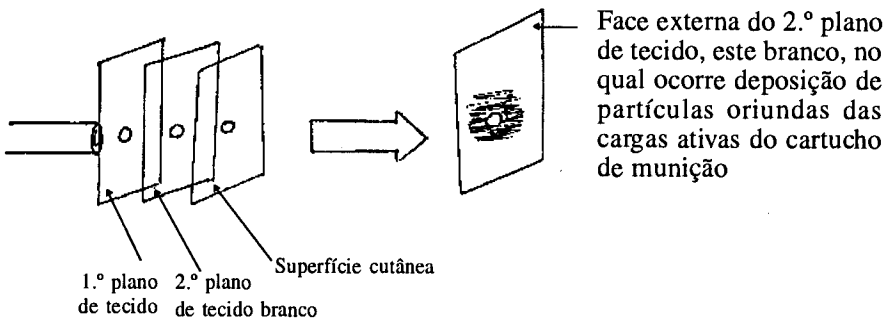


O Sinal de Rojas indica o desfiamento cruciforme do tecido de indumento nos tiros com a "boca" do cano encostada no alvo

2. Sinal de Simonin: Sinal de Escarapela



3. Sinal de Bonnet: Sinal do Calcado



7.3.2 No plano cutâneo

A – SUPERFICIAL

O projétil ao atingir o corpo humano poderá penetrar em qualquer região, provocando lesão de entrada de forma circular, elipsoidal, estrelada ou atípica. O projétil, contudo, poderá penetrar em qualquer orifício natural.

a – CABEÇA. Neste caso poderá haver lesões de penetração do projétil na fossa nasal, buraco auditivo externo, região orbicular e cavidade bucal, esta última com maior incidência particularmente nos suicídios;

b – GÊNITO-ABDOMINAL. Bem mais raramente poderá haver lesões provocadas pela penetração do projétil no ânus e vagina.

7.3.3 No plano ósseo

A – SINAL de CUELI-BENASSI

Consiste na formação de anel de esfumaçamento produzido ao redor do orifício de entrada do projétil na parede extema do plano ósseo subjacente ao cutâneo sempre que o tiro é desfechado com a "boca" do cano encostada na superfície da pele.

Este sinal é encontrado em tiros de etiologia suicida efetuados no crânio (temporal, frontal, parietal), sendo observado mesmo em cadáveres em adiantado estado de decomposição.

B – SINAL do FUNIL de BONNET

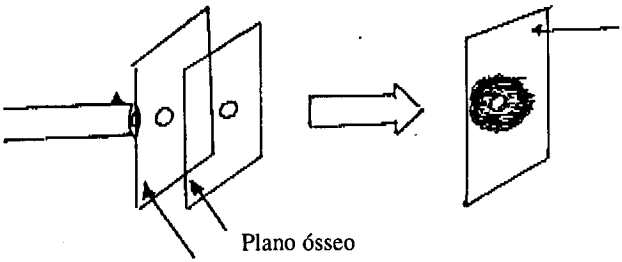
Consiste no canal produzido no crânio em tiro transfixante, no qual o projétil, particularmente de chumbo-nu, em decorrência de deformacão da ogiva, ao atravessar as paredes ósseas, produz orifício de saída dotado de maior diâmetro do que o de entrada, originando um canal que lembra um funil.

C – SINAL de PAUL CHAVIGNY

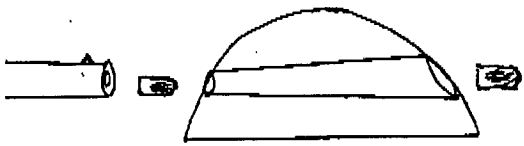
Consiste na determinação da ordem de tiros provocados nas paredes do crânio por diferentes projéteis, em função das fraturas radiais observadas, sendo as mesmas, a partir do segundo impacto, interrompidas pelas fraturas das anteriores.

Particularidades observáveis nos tiros de entrada no plano do ósseo

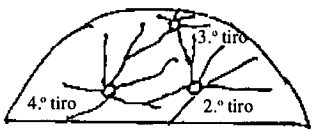
1. Sinal de Cueli - Benassi



2. Sinal do Funil de Bonnet



3. Sinal de Chavigny



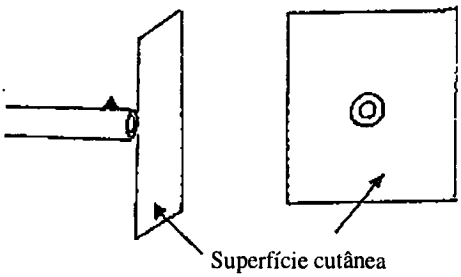
7.3.4 No plano circunjacente da superfície cutânea

A – SINAL de PUPPE-WERKGARTNER

Consiste na impressão deixada pela "boca" do cano na superficie cutânea, provocando queimadura pela ação dos gases superaquecidos. A temperatura de combustão dos gases aquece o cano da arma de fogo, imprimindo no plano cutâneo a conformação da "boca" da arma.

Particularidades observáveis nos tiros de entrada no plano circunjacente da superfície cutânea

1. Sinal de Puppe - Werkgartner



Impressão deixada pela "boca" do cano nos tiros encostados provocada pela temperatura oriunda da combustão dos gases expelidos pelo projétil

7.4 Classificação médico-legal das lesões corporais provocadas por projétil(s) de arma de fogo em função da distância entre a "boca" do cano e o alvo

7.4.1 Conceito de tiro encostado

Consiste em tiro desfechado com a "boca" do cano apoiada no alvo

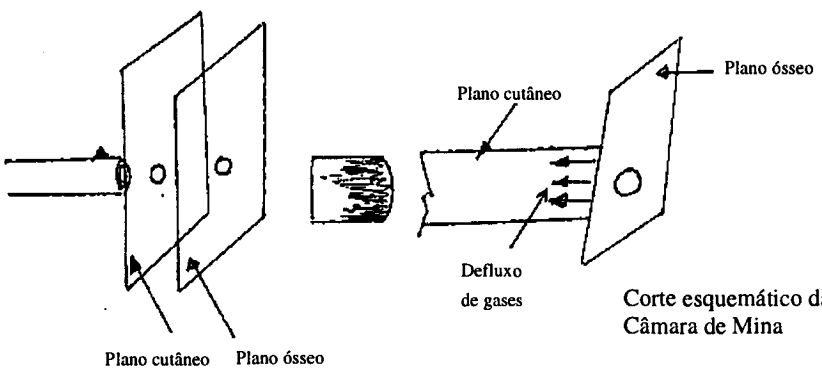
7.4.2 Conceito de tiro encostado com efeito de câmara de mina

Consiste na formação de um canal no plano cutâneo, onde se encontra plano ósseo subjacente, provocado pela passagem do projétil acompanhado de gases oriundos da combustão das cargas ativas da unidade de munição, os quais, chocando-se contra a superfície óssea ou tecido fibroso, refluem, provocando formação de orifício na pele de conformação estrelada.

Este efeito é conhecido como CÂMARA de MINA, de PIEDELIÈVRE ou GOLPE de MINA ou "BOCA" de MINA, de HOFMANN.

Nas paredes internas da câmara de mina observam-se deposição de fuligem, partículas não-metálicas e metálicas, queimaduras e hemorragias capilares, inclusive comprovar no sangue presença de carboxiemoglobina.

2. Tiro encostado com efeito de Câmara de Mina de Piedelièvre ou Golpe de Mina ou Boca de Mina de Hofmann



Corte esquemático da Câmara de Mina

7.4.3 Conceito de tiro próximo

Consiste em tiro em que o afastamento existente entre a "boca" do cano e o alvo, possibilita que partículas residuais, não-metálicas e metálicas, atinjam o alvo por encontrar-se o mesmo dentro do cone de dispersão de tais partículas.

Estas partículas podem ser comprovadas experimentalmente através de ensaios físico-químicos pela aplicação de reagentes químicos especificos e seletivos dos diferentes íons.

Estas distâncias para armas de fogo portáteis de percussão, raiadas e de retrocarga, cano curto, são em média:

A – para partículas não-metálicas, aproximadamente 50 a 60 cm; B – para partículas metálicas, aproximadamente 200 cm.

O primeiro caso representa o domínio da RESIDUOGRAFIA NÃO-METÁLICA e o segundo da RESIDUOGRAFIA METÁLICA.

7.4.4 Conceito de tiro distante

Consiste em tiro em que o afastamento existente entre a "boca" do cano e o alvo, não mais possibilita que partículas residuais, não-metálicas e metálicas, atinjam o alvo por encontrar-se o mesmo fora do cone de dispersão de tais partículas.

8. Técnicas de remoção de partículas não-metálicas e metálicas, dos suportes onde se encontram ou se presume possam encontrar-se

Partículas não-metálicas quimicamente na residuografia forense			
Oriundas da combustão das misturas		Oriundas da abrasão das ligas metálicas formadoras	
Iniciadora dos cartuchos de bases simples e dupla	Propelente dos cartuchos de base dupla	Do projétil de chumbo-nu	Da camisa de revestimento (Tomback)
Sulfeto Nitrato Nitrito Bário Cálcio	Sulfeto Nitrato Nitrito Bário Carbonato Potássio Cálcio	Chumbo = 99 a 99,5% Antimônio = 0,5 a 1%	Cobre = 80 a 90% Zinco = 10 a 20%

Ensaios Residuográficos de interesse criminalístico					
pH	Reagente específico	Ion revelado	Coloração ou precipitado	Realização do ensaio	Preparação do reagente
Ácido	GRIESS-ILOSWAI	Nitrato	Vermelha	Papel de filtro	No momento do uso
Ácido	Ácido fenoldissulfônico	Nitrato	Amarela	Papel de filtro	No momento do uso
Neutro	Nitroprussiato de sódio	Sulfeto	Violeta	Papel de filtro	No momento do uso
Ácido	Rodizonato de sódio	Chumbo (II)	Vermelha	Papel de filtro	No momento do uso
Alcalino	Rodamina-B	Antimônio (V)	Violeta	Papel de filtro	No momento do uso
Alcalino	Ácido rubeanídrico	Cobre	Azul-escura	Papel de filtro	No momento do uso
Alcalino	Mercuri-tiocianato de amônio	Zinco	ppt. branco	Tubo de ensaio	No momento do uso
Neutro	Rodizonato de sódio	Bário	Vermelha	Papel de filtro	No momento do uso
Neutro	Ferrocianeto de amônio	Cálcio	ppt. branco	Tubo de ensaio	No momento do uso
Neutro	Cobaltinitrito de sódio e nitrato de prata	Potássio	ppt. amarelo	Tubo de ensaio	No momento do uso
Neutro	Água de barita	Carbonato	ppt. branco	Tubo de ensaio	No momento do uso

Regiões das mãos, direita e esquerda, de pessoas, vivas ou mortas, que efetuaram tiros com armas de fogo curtas (revólver, pistola, garrucha)

Região anatômica das mãos do atirador provável (suspeito) ou comprovado	Utilização de meios mecânicos	Utilização de técnicas químicas
1. Borda radial e face ventral do indicador. 2. Face dorsal da prega interdigital indicador-polegar. 3. Face dorsal, ventral e lateral interna do polegar. 4. Face dorsal da região metacarpiana junto dos quirodáctilos.	1. Tira de esparadrapo A. 2. Tira de esparadrapo B. 3. Tira de esparadrapo C. 4. Tira de esparadrapo D.	Aplicar algodão umedecido em sol. aq. de HNO_3 a 5% em cada uma das regiões anatômicas mencionadas, separadamente, preservando as amostras em tubos de ensaio tamponados.

Observação: o químico deverá primeiro utilizar-se de tiras de esparadrapo para a remoção de partículas, conservando as amostras A, B, C e D cada uma em frascos de boca larga tamponados e depois empregar a técnica química de solubilização com solução aquosa de HNO_3 a 5%.

8.1 Através dos meios mecânicos pela utilização de películas de transferência- fitas adesivas cirúrgicas de náilon-3m

A – ENSAIOS PRELIMINARES DE REMOÇÃO MECÂNICA DE PARTÍCULAS

As películas adesivas, como esparadrapo papéis colantes ou superfícies similares, empregam-se no local do fato nas mãos do cadáver e de todas as pessoas suspeitas de terem utilizado arma de fogo para a prática do tiro. Este ensaio é de primária importância, pois nele reside o êxito ou malogro na investigação científica de uma ocorrência, cuja etiologia necessita ser esclarecida. A operacão deve ser conduzida por PERITOS QUÍMICOS que deverão ser os responsáveis pela adequada coleta do material.

O esparadrapo ou superfície similar deverá ter sua pureza previamente testada a fim de averiguar-se eventuais contaminações de todos os componentes, não-metálicos e metálicos, presentes nos cartuchos de munição.

Após esta prévia constatação, as tiras de esparadrapo, com 4 a 5 cm de largura,deverão ser conservadas em frascos de "boca" larga e manipulados pelos operadores com mãos enluvadas e retirados do frasco com pinças. As luvas cirúrgicas são as ideais, devendo também serem elas testadas de agentes contaminadores ao serem manuseadas.

Depois destes cuidados preliminares, as tiras de esparadrapo deverão ser numeradas e aplicadas nas seguintes regiões anatômicas, em ambas as mãos, do cadáver e dos suspeitos:

TIRA DE ESPARADRAPO 1: borda radial e face ventral do dedo indicador;

TIRA DE ESPARADRAPO 2: face dorsal da prega interdigital, entre o indicador e o polegar, TIRA DE ESPARADRAPO 3: face dorsal, ventral e lateral interna do polegar;

TIRA DE ESPARADRAPO 4: face dorsal da região metacarpiana junto aos quirodáctilos

As tiras de esparadrapo deverão ser acondicionadas, isoladamente, em frascos tapados, rigorosamente secos e limpos, com rótulos indicativos das regiões onde foram aplicados em cada indivíduo, a fim de serem remetidas ao Laboratório de Química para a realização dos exames residuográficos.

8.2 Através de meios químicos complementares de solubilização das remanescentes partículas das regiões mencionadas, pelo emprego de solução aquosa de HNO_3 a 5%

Nas regiões anatômicas referidas, aplicar 5 ml deste reagente em cada uma daquelas regiões, utilizando conta-gotas ou seringa, recolhendo a solução em frascos de "boca" larga tamponados e com rótulos contendo indicações de cada região quimicamente tratada.

No Laboratório, coletar 1 ou 2 gotas das amostras 1, 2, 3 e 4, depositando-as em folhas de papel de filtro qualitativo branco, secas e em uma delas pingar 1 ou 2 gotas de água destilada (prova em branco). Proceder de modo análogo com as tiras de esparadrapo com que se realizou a operação mecânica de remoção de partículas no local do fato.

Ensaios laboratoriais complementares às técnicas mecânicas de remoção de partículas metálicas e não metálicas

I. Fase operatória

A. Tratamento da borda radial e face ventral do dedo indicador de ambas as mãos, com algodão embebido com solução de HNO_3 a 5%;

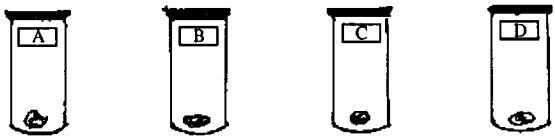
B. Tratamento da face dorsal da prega interdigital, entre o indicador e polegar, de ambas as mãoes, com solução de HNO_3 a 5%;

C. Tratamento da face dorsal, ventral e lateral interna do polegar de ambas as mãos com algodão embebido com solução de HNO_3 a 5%;

D. Tratamento da face dorsal da região metacarpiana, junto aos quirodáctilos, de ambas as mãos, com algodão embebido com solução de HNO_3 a 5%;

Observação: O operdador deverá

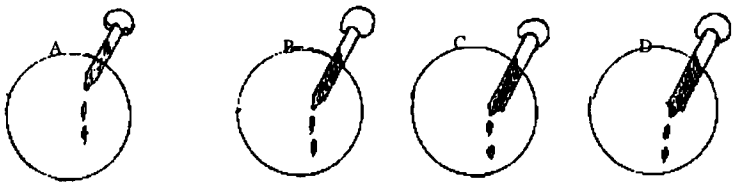
1. Preparar a solução de HNO_3 a 5%; no momento do uso;
2. Proceder a todas as manipulações com as mãos protegidas com luvas cirúrgicas descartáveis;
3. Acondicionar as amostras de algodão A, B, C e D e, tubos de ensaio rigorosamente limpos, secos e rotulados



II. Fase operatória

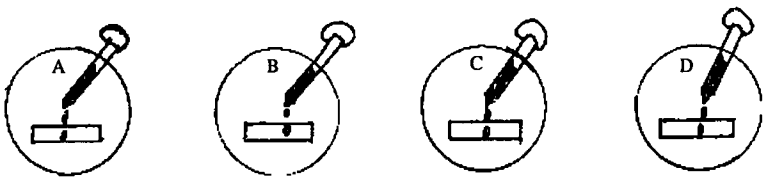
A. Com conta-gotas, um para cada amostra dos tubos de ensaio A, B, C e D, dispor 2 gotas de cada amostra, em folhas de papel de filtro.

B. Acrescentar a cada papel de filtro o reagente específico para cada partícula, metálica ou não-metálica, depois de ajustar as soluções-problemmas ao pH adequdado, observando a coloração ou formação de precipitado



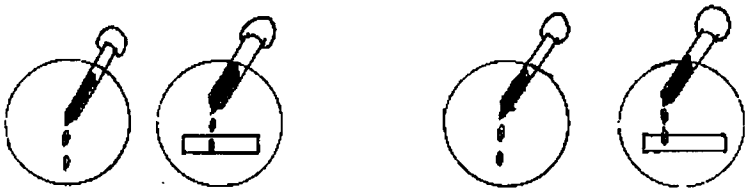
III. Fase operatória

Cotejar os resultados observados (coloração ou precipitados) com os obtidos em superfícies de tiras de esparadrapos ou fita adesiva similar, apostas em A, B, C e D da I. fase operatória, (remoção mecânica de partículas metálicas e não-metálicas).



Observação: O operador deverá valer-se de

1. Papel de filtro e de tira de esparadrapo do mesmo rolo, umedecidos com água destilada (prova em "branco" negativa);
2. Soluções padronizadas dos diferentes cátions e ânions e com elas observar as reações de coloração e de precipitação (provas em "branco" positivas);



Água destilada Soluções padronizadas

3. As soluções padronizadas são as seguintes:
   a) sol. aq. de $Pb(H_3C\text{-}COO)_2$ a 0,001%
   b) sol. aq. de $SbCl_3$ a 0,001%
   c) sol. aq. de $SuCl_2$ a 0,001%
   d) sol. aq. de $ZnSO_4$ a 0,001%
   e) sol. aq. de $BaCl_2$ a 0,001%
   f) sol. aq. de KNO_3 a 0,001%
   g) sol. aq. de $NaNO_3$ a 0,001%
   h) sol. aq. de KNO_3 a 0,001%
   i) sol. aq. de Na_2S a 0,001%
   j) sol. aq. de $CaCl_2$ a 0,001%
   l) sol. aq. de Na_2CO_3 a 0,001%

8.3 Importância na realização de ensaios de confronto no laboratório

Sempre que os PERITOS QUÍMICOS dispuserem da arma de fogo incriminada, deverão com ela e com munição similar, proceder tiros experimentais, aplicando em suas mãos a mesma técnica utilizada nas mãos do cadáver e de todos os suspeitos de terem praticado o tiro.

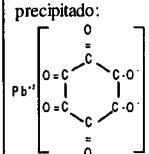
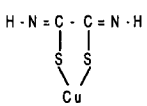
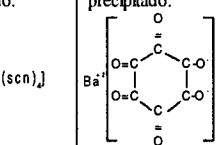
9. Interpretação e confronto dos resultados obtidos

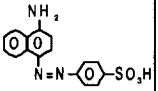
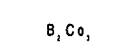
9.1 Ensaios em branco na película de transferência, nas mãos de suspeitos de terem atirado e nos suportes, provável ou certamente atingidos pelo cone de dispersão de partículas oriundas do tiro.

Os ensaios residuográficos são comparativos, razão pela qualdeverão ser confrontados com com reações químicas de controle. Para que os PERITOS formem sua convicção sobre os resultados obtidos, deverão partir do princípio de estão trabalhando com segurança, daí a necessidade de procederem ensaios paralelos em "branco" e ensaios de certeza com os reagentes empregados. Deste modo, poderão concluir pela positividade ou negatividade dos resultados da atividade em que se empenharam.

9.2 Utilização de reagentes quimicamente puros

Esta regra deve ser rigorosamente observada. Todos os reagentes utilizados no laboratório devem merecer a confiança dos PERITOS. Em paralelo, os meios com os quais exercem sua atividade não poderão estar contaminados: é o caso de películas de tansferência, frascos para acondicioná-las, frascos para coleta de resíduos por via química, contagotas, seringas, papel de filtro e quaisquer outros materiais de laboratório.

Reagentes específicos para a identificação química de partículas iônicas e metálicas oriundas da prática de tiro(s) com armas de fogo curtas e utilização de cartuchos de munição de bases simples e dupla - CBC -					
Pb^{+2}	Sb^{+5}	Cu^{+2}	Zn^{+2}	Ba^{+2}	$Ca^{=2}$
pH = 2,78 a 2,80	pH ≅ 1,00 2 ml de HCl conc 2 ml de $NaNO_2$ a 10%	pH = 8,00 a 8,50	pH < 7,00	pH = 7,00	pH = 7,00
Reagente: Sol. aq. de rodizonato de sódio, a 0,2%	Reagente: Sol.aq.de Rodamina-B, a 0,01%	Reagente Sol.alcoólica de ácido Rubeânico a 1%	Reagente: Sol.aq.de sulfato de cobalto (II), a 0,02% Sol.aq.de mercuritianato de potássio: 8 g de cloreto de mercúrio (II) 9 g de tiocianato de amônia em 100 ml de água dest. Deixar a sol repousar 7 dias	Reagente: Sol.aq.de Rodizonato de sódio a 0,2%	Reagente: Sol.aq.de cobaltinitrito de sódio a 1% e adição de sol.aq. de $AgNO_3$ a 0,1%
Sol Tampão: 0,15 g de ácido tartárico, 0,19 g de bitartarato de sódio e potássio, água destilada qsp 100 ml					
Resultado positivo: ppt vermelho-púrpura	Resultado Positivo: Coloração violeta	Resultado Positivo: ppt negro	Resultado Positivo: ppt branco	Resultado Positivo: ppt vermelho	Resultado Positivo: ppt branco
Realização do ensaio: Papel de filtro, superfície colante do esparadrapo, tubo de ensaio	Realização do ensaio: Papel de filtro Placa de toque	Realização do ensaio: Papel de filtro	Realização do ensaio: Tubo de ensaio	Realização do ensaio: Papel de filtro	Realização do ensaio: Tubo de ensaio Vidro de relógio sobre fundo negro
Limite de Apreciação: 0,1 γ de Pb^{+2}	Limite de apreciação: 0,5 γ de Sb^{+5}	Limite de apreciação: 0,006 γ de Cu^{+2}	Limite de Apreciação: 0,5 γ de Zn^{+2}	Limite de Apreciação: 0,25 γ Ba^{+2}	Limite de Apreciação: 25 γ de Ca^{+2}
Concentração limite: 1:500.000	Concentração limite: 1:100.000	Concentração limite: 1:2.500.000	Concentração limite: 1:100.000	Concentração limite:1:200.000	Concentração limite: 1:2.000
Estrutura do precipitado:  Rodizonato de chumbo (II)	Estrutura do composto: Desconhecida	Estrutura do precipitado:  Rubeanato de Cobre (II)	Estrutura do precipitado: $Zn(Hg(scn)_4]$ Mercuritio-cianato de zinco (II)	Estrutura do precipitado:  Rodizonato de bário	Estrutura do precipitado: $Ca(NH_4)_2[Fe(CN)_4]$ Ferrocianneto de amônio e cálcio

Reagentes específicos para a identificação química de partículas iônicas e metálicas oriundas da prática de tiro(s) com armas de fogo curtas e utilização de cartuchos de munição de bases simples e dupla - CBC -				
K^+	NO_2	NO_3	S^{-2}	NO_3^{-2}
pH = 7,00	pH = 7,00	pH ⩾ 7,00	pH > 7,00	pH > 7,00
Reagente: Sol. aq. de cobaltinitrito de sódio a 1% e adição de sol aq de $AgNO_3$ a 0,1%	Reagente: A. Sol. a 1% de ácido sulfanílico em ácido acético a 30% B. Empregar 0,03g de alfanaftilamina em 70ml de água dest. Aquecer a ebulição durante 5 minutos A solução incolor sobre nadante é tratada com 30 ml de ácido glacial	Reagente Sol. aq. de ácido fenoldissulfônico a 10%	Reagente: Sol. aq. de nitroprussiato de sódio a 1%	Reagente: Sol. aq. de hidróxido de bário a 1%
Resultado positivo: ppt amarelo	Resultado Positivo: Coloração vermelha	Resultado Positivo: coloração violeta	Resultado Positivo: coloração violeta	Resultado Positivo: ppt branco
Realização do ensaio: Vidro de relógio sobre fundo preto	Realização do ensaio: Papel de filtro Tubo de ensaio	Realização do ensaio: Placa de toque Tubo de ensaio	Realização do ensaio: Placa de toque Tubo de ensaio Papel de filtro	Realização do ensaio: Tubo de ensaio
Limite de Apreciação: 1 γ de K^+	Limite de apreciação: 0,01 γ de NO_2^-		Limite de Aprecição: 1 γ de S^{-2}	
Concentração limite: 1:50.000	Concentração limite: 1:5.000.000		Concentração limite: 1:50.000	
Estrutura do precipitado: Cobaltinitrito de sódio e potássio	Estrutura do composto: 		Estrutura do composto: 	Estrutura do composto:  Carbonato de bário

10. Conclusões periciais.

É necessário que os PERITOS ao elaborarem seus laudos concluam sobre os resultados que apreciaram, interpretaram e descreveram. Para os JUÍZES, PROMOTORES PÚBLICOS, AUTORIDADES POLICIAIS um trabalho destituído da segurança das conclusões constitui uma peça técnica desprovida de valor, pois todos aqueles que esperam do laudo um conteúdo valorativo, lamentavelmente nele encontram um documento destituído dos alicerces em que deverá se apoiar a verdade pela ausência de firmeza que lhe deixaram de emprestar os PERITOS.

3. CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

DAÑO PSIQUICO EN EL FUERO CIVIL

NORMA GRISELDA MIOTTO

El abordaje de una temática tan específica en el orden de lo pericial, exige a mi criterio la delimitación de conceptos que resultan fundamentales en el marco de la articulación psicológica jurídica.

Siguiendo el pensamiento del Dr. Eduardo Zannoni en su libro :"El dano en la responsabilidad civil", "desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio". En esa línea el dano adquiere significación en el ámbito de la responsabilidad civil, cuando existe un sujeto a quien la ley le atribuye el deber de resarcir ese daño.

Es decir que la víctima dañada, en virtud del perjuicio ocasionado por el hecho ilicito por el que se acciona, puede obtener la indemnización de los detrimentos sufridos.

El art. 1068 del Código Civil de la República Argentina establece: "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

El nexo causal entre el acto por el que se demanda y el daño emergente constituye uno de los presupuestos indispensables para que exista la responsabilidad civil.

En este marco, según la definición de la Dra Matilde Zavala de González en su libro "Resarcimiento de daños", el daño psíquico es la "perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio pre-existente".

Es importante delimitar claramente la diferencia entre daño psíquico y daño moral, señalando que es el carácter patológico del primero el que permite establecer la distinción.

El daño moral, cuya órbita no corresponde al orden de lo pericial, cubre los sufrimientos naturalmente implícitos en el proceso de curación de la víctima y los inconvenientes que la discapacidad emergente llega a producir en la vida laboral y de relación. En principio, para hablar de daño psicológico se requiere que el evento desencadenante haya generado efectos traumáticos en el psiquismo de la víctima.

La noción de trauma desde el punto de vista psicológico implica el acaecer de un suceso en la vida de una persona caracterizado por su intensidad, la incapacidad del sujeto para responder adecuadamente y, el trastorno y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica.

En términos económicos, el traumatismo se caracteriza por un aflujo excesivo de excitaciones, en relación con los niveles de tolerancia del sujeto, y su capacidad para controlar y elaborar psíquicamente dichas excitaciones.

Es posible hablar de tres condiciones inherentes: el choque violento, la efracción y las consecuencias sobre el conjunto de la organización psíquica.

Es decir, que debe producirse una alteración patológica en la homeostasis psíquica que de lugar a cambios o modificaciones que se expresen en la vida de relación familiar, social y/o laboral.

La noción de daño psíquico implica la existencia de un sindrome psicológico delimitable, instalado luego de acaecido un accidente, una mala praxis, etc. o la presencia de un incremento significativo de los rasgos previos en la personalidad de manera tal que lleguen a implicar una alteración psicopatológica.

El dictamen pericial es básicamente un informe científico-técnico con fundamentaciones validadas teórica y prácticamente a nivel de la comunidad universitaria. Lo que se busca a través del diagnóstico psicológico forense remite a los puntos de ensamble entre el traumatismo, la historia singular y la sintomatología actual.

Surge así la siempre muy dificil tarea de delimitación entre lo concausalmente pre-existente y/o concurrente, y lo emergente en concepto de daño (del que no se puede deslindar la afectación del proyecto de vida), debiendo despejarse en el proceso evaluativo, dentro del que resultan de indudable validez las técnicas psicodiagnósticas, lo atinente a posible: negación del trauma, efecto positivo sobre la dinámica psíquica, simulación, sobresimulación, metasimulación o perseveración, y sinistrosis.

La *negación del trauma* implica el agregado de un fuerte monto de represión y/o disociación que inhibe la concientización, y que exige la profundización diagnóstica para su adecuada ponderación. Negación no es sinónimo de inexistencia de daño psíquico.

El *efecto positivo* remite a un cambio paradójicamente beneficioso en la dinámica psíquica. La *simulación* constituye la producción voluntaria de síntomas psíquicos bajo la motivación para el caso de la compensación económica.

La *sobresimulación* se caracteriza por la exageración de síntomas subjetivos que pudieran subsistir.

La *metasimulación* o *perseveración* implica la descripción de síntomas como actuales referidos a manifestaciones psicopatológicas que han remitido.

En cuanto a la *sinistrosis* o *neurosis* de renta, es posible aludir a la exageración inconciente de impotencia funcional, con prolongación anormal de la incapacidad laboral, acentuación de las secuelas objetivas con el agregado de subjetivaciones y, actividad paranoide de carácter litigante en búsqueda de una indemnización máxima.

Por ello, al focalizar la atención en los efectos dañosos de determinado hecho es aconsejable tener presente los criterios científicos internacionalmente validados, según los cuales la existencia de un trastorno por estrés postraumático implica:

1) la exposición de la persona a un acontecimiento traumático;

2) que dicho suceso sea reexperimentado persistentemente por: recuerdos y/o sueños de carácter recurrente, malestar psicológico intenso y/o respuestas fisiológicas al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerden un aspecto del acontecimiento traumático.

3) La evitación persistente de estímulos asociados al trauma y embotamiento de la reactividad general del individuo (ausente antes del trauma), con síntomas tales como: esfuerzos para evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones sobre el suceso; esfuerzos para evitar actividades, lugares o personas que motiven recuerdos de las situación traumática; incapacidad para recordar un aspecto importante del trauma; restricción de la vida afectiva; sensación de desapego o enajenación frente a los demás, etc.

4) Síntomas persistentes de aumento de la activación: dificultades para conciliar o mantener el sueño; irritabilidad o eclosiones de ira; dificultades para concentrarse; hipervigilancia; respuestas exageradas de sobresalto.

Estas alteraciones deben prolongarse por un lapso superior al mes, y deben provocar un malestar clínico significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la vida del individuo.

Estos trastornos en cuanto al curso pueden clasificarse como: *agudos*, si los síntomas duran menos de tres meses; *crónicos* si los síntomas duran 3 meses o más; de *inicio demorado*: si entre el acontecimiento traumático y el inicio de los síntomas han pasado como mínimo 6 meses.

En el caso de que las manifestaciones sintomatológicas duren un mínimo de dos días y un máximo de cuatro semanas, debe hablarse de un trastorno por estrés agudo. Dentro de él se incluyen: temores, desesperanza, sensación subjetiva de embotamiento, desapego o ausencia de reactividad emocional, aturdimiento, desrealización (alteración de la percepoión del mundo externo de manera tal que parece extraño a irreal), despersonalización (alteración de la percepción o experiencia de uno mismo, con sensación de distanciamiento respecto del propio cuerpo o de los procesos mentales), amnesia disociativa, malestar clinicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad, o interferencia en forma notable en la capacidad para llevar a cabo tareas indispensables.

Dentro del proceso judicial, los puntos de peritación habitualmente solicitados por las partes, con las variaciones propias de cada caso en particular, pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) si el hecho por el que se demanda ha dejado secuelas en el psiquismo del actor; b) en su caso, descripción de las mismas; c) grado y porcentaje de incapacidad emergente; d) necesidad y tipo de tratamiento; costo del mismo. e) pronóstico.

Al respecto, estimo conveniente formular las siguientes delimitaciones de conceptos desde el área de la Psicología Jurídica, y en especial desde el ámbito forense. En cuanto a la clasificación del grado del daño psíquico, es posible referir tres categorías: leve, moderado y grave. a) *Leve* alude a una conformación patológica de índole reactiva que no compromete sustancialmente la vida de relación. No requiere tratamiento en forma permanente. b) *Moderado* implica la existencia de síntomas manifiestos con acentuación persistente de las características previas de personalidad y, una necesidad de tratamiento no inferior al año. La presentación puede variar por ejemplo entre la depresión, las crisis de pánico, las crisis conversivas, las fobias y las obsesiones c) *Grave* da cuenta de la irreversibilidad del cuadro psicopatológico que inhibe marcadamente la adaptación.

Además, es factible aludir a criterios de transitoriedad y permanencia de los efectos traumáticos. Para que un dano psíquico se considere permanente es necesario que se estime científicamente la imposibilidad de retrogradación por sí, como así también el posible agravamiento.

Otro item a considerar, es la ponderación del porcentaje de incapacidad, punto especialmente resistido por los psicólogos y generador de intensos debates por la arbitrariedad implícita en su determinación, con el agravante de la existencia de baremos aceptados y convalidados por leyes en la República Argentina -que por consiguiente suponen la obligatoriedad de su utilización –, elaborados con criterios psiquiátricos para ponderar secuelas de accidentes de trabajo (Tabla de evaluación de las incapacidades

laborales. Ley nro. 24557), o sobre la base de consideraciones médico-previsionales (Baremo Nacional), por lo tanto no adecuables más que por aproximación necesariamente subjetiva del perito.

Respecto de este punto específico, heredado por extensión de la medicina forense, considero que no debería entrar dentro del ámbito del peritaje psicológico forense sino quedar sujeto estrictamente al criterio del Juez.

En síntesis, este trabajo intenta reflejar el resultado de reflexiones e investigaciones bibliográficas sobre el tema realizadas a lo largo de muchos años de actividad pericial, que no dudo necesitan de replanteos y reformulaciones sobre la base del intercambio interdisciplinario.

Bibliografía

CIE 10: Trastornos mentales y del comportamiento. Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico. Organización Mundial de la Salud. Año 1992.

Código Civil de la República Argentina.

"Daño psíquico". Ficha publicada por la Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina. Año 1996.

DARAY HEMÁN; "Daño psicológico". Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1995.

DSM IV Manuel diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Masson S.A. Barcelona. España. Año 1995.

IRIBAME HÉCTOR PEDRO. "De los daños a la persona". Editorial Ediar. Buenos Aires. República Argentina. Año 1993.

LAPLANCHE J., PONTALIS B. "Diccionario de psicoanálisis". Editorial Labor. Barcelona. España. Año 1981

ZANNONI EDUARDO A. ."El daño en la responsabilidad civil" Segunda edición. Editoria] Astrea. Buenos Aires, República Argentina. Año 1993.

ZAVALA DE GONZALEZ MATILDE. "Resarcimiento de daños". Editorial Hammurabi. Buenos Aires. República Argentina. Año 1994.

4. POLÍCIA E DIREITO

SEGURANÇA PÚBLICA E SEQÜESTROS NO RIO DE JANEIRO: 1995-96

CESAR CALDEIRA

SUMÁRIO: 1. A cidade do Rio como projeto – 2. O Plano Estratégico do Rio e a política de segurança pública – 3. Breve nota sobre os principais operadores na área da Segurança Pública e combate aos seqüestros no período 1995-96: 3.1 1.° Secretário de Segurança Pública – (01/01/95 – 16/05/95); 3.2 2.° Secretário de Segurança (17.05.95 em diante) – 4. Breve comentário sobre a política de segurança pública (1995-96): gestores, críticos e crises: 4.1 Caminhada Reage Rio; 4.2 Reage Rio e os seqüestros extorsivos – 5. Seqüestros extorsivos no Rio: 1995-96; 5.1 História recente dos seqüestros; 5.2 Seqüestros no Rio: a justificativa do levantamento de dados; 5.3 Resultados preliminares do levantamento sobre seqüestros extorsivos no estado do Rio de Janeiro: 01.01.1995 a 31.12.1996; 5.4 Vítimas de seqüestros extorsivos; 5.5 Seqüestradores; 5.6 Ocorrências de seqüestros extorsivos; 5.7 Atuação Policial – 6. Observações finais

Este trabalho versa sobre a atuação policial na prevenção e repressão de uma prática delituosa – "extorsão mediante seqüestro" – durante os primeiros dois anos da administração Marcello Alencar no Rio de Janeiro. Na primeira seção apresenta-se uma reflexão sobre a construção social da imagem da cidade do Rio de Janeiro como um local ideal para investimentos empresariais. Na segunda seção, situa-se a política de segurança pública, iniciada com a chamada Operação Rio, que visa restabelecer a "lei e a ordem" adequada ao projeto-cidade. Destaca-se aí a interpretação dominante sobre a criminalidade urbana violenta e organizada e alguns pontos de referência explicitados pelos operadores oficiais da política de segurança, principalmente o Secretário de Segurança General Nilton Cerqueira. Na terceira seção, descreve-se quem responde pelas ações oficiais na área de segurança pública, em particular na atuação policial anti-seqüestros, durante o período 1995-96. Na quarta seção, examina-se a política de segurança pública do ponto de vista de seus gestores e críticos, dando-se atenção a um episódio de mobilização pública em torno do problema dos seqüestros: a caminhada Reage Rio. Por fim, são apresentados os resultados preliminares de um levantamento sobre a chamada "indústria de seqüestros" no Rio. Neste texto os dados selecionados referem-se tão-somente a uma parte bastante limitada da pesquisa: a atuação policial anti-seqüestros. A ênfase será, portanto, na ocorrência do delito, perfil da vítima e dos seqüestradores, e detalhamento da investigação policial. Outros aspectos fundamentais para uma avaliação da eficácia da política de segurança pública – como, por exemplo, a atuação do Ministério Público e da Magistratura no processo judicial – serão examinadas em outra oportunidade. Este texto pretende oferecer apenas um mapeamento de problemas e questões que serão abordadas em fases posteriores do estudo.

1. A cidade do Rio como projeto [1]

O Rio de Janeiro vem definindo seus rumos como uma "cidade internacional"[2]. Os resultados das eleições estaduais de 1994[3] e as municipais de 1996[4] consagraram discursos políticos que afirmam a reurbanização, a imposição da ordem e segurança pública, o embelezamento da cidade como atributos de uma cidade moderna e competitiva, adequada para atrair investimentos[5].

(1) Ler, à propósito desta introdução, Manuel Castells e Jordi Borja, "As cidades como atores políticos", Novos Estudos CEBRAP, n.º 45, julho de 1996, p. 152-166.

(2) Ler, Milton Santos." A aceleração contemporânea: tempo-mundo e espaço-mundo", Santos, Milton et alii (org.) O mapa do mundo. Fim de século e globalização, Hucitec-Anpur, São Paulo. 1993. Observação: o Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro se refere ao conceito de "cidades globais", ver: Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro: Rio sempre Rio, IPLAN-RIO, Rio, janeiro de 1996, p. 18. Ler também, por exemplo, Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro, "Rio de Janeiro: exemplo de metrópole partida e sem rumo?", Novos Estudos CEBRAP, n.º 45, julho de 1996, p. 167-172 . Segundo o Autor, o projeto de cidade "se reduz aos objetivos de criar uma plataforma de serviços para atrair os capitais internacionais", op. cit. p. 177. Para o urbanista, as mudanças econômicas e sócio-espaciais da metrópole do Rio de Janeiro indicam que a globalização pode reforçar as tendências de dualização e fragmentação já presentes no quadro de desindustrialização regressiva, a qual gera também aumento de desassalariamento e crescente precarização dos assalariados. Para uma visão alternativa e moderadamente otimista do futuro da cidade ler: a entrevista com o economista Carlos Lessa, coordenador do Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro, em Mutações Sociais, 9, revista do CEDAC, nov.-dez., 1994, p. 28-32. Para uma discussão sobre os efeitos da globalização, ler, por exemplo: Anthony Giddens, As conseqüências da modernidade, Editora da UNESP, São Paulo, 1991. Para uma discussão sobre políticas de *city marketing*, em Curitiba, ler: Ana Clara Torres Ribeiro e Fernanda Sanchez Garcia, "*City marketing*: a nova face da gestão da cidade no final de século" in Política e Cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas, organizado por Elisa Reis, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Peter Fry, Hucitec-ANPOCS, São Paulo, 1996, p.168-181.

(3) Foi eleito governador Marcello Alencar (PSDB), derrotando o candidato brizolista Anthony Garotinho (PDT).

(4) Foi vitorioso o arquiteto urbanista Luís Paulo Conde (PFL), candidato do prefeito César Maia (PFL), presidente do Conselho Adminsitrativo do IPLAN-RIO e responsável pelas reformas urbanísticas do Rio Cidade e Favela Bairro. Foi derrotado o candidato Sérgio Cabral Filho (PSDB), apoiado pelo governador Marcello Alencar.

(5) Nesse sentido foi derrotado um discurso, tipicamente ligado aos pedetistas, que afirmava prioritariamente objetivos sociais, mesmo que, na prática, visasse a captar clientelas políticas.

O discurso privatista, neo-liberal marcou as administrações estaduais e municipais no período 1995-6. O Governo Marcello Alencar apregoou ter lançado o primeiro programa de desestatização no País e ter tornado o Estado do Rio um dos principais alvos dos investidores estrangeiros. A inauguração pelo Pres. Fernando Henrique da fábrica da Volks, em Rezende em 1.º de novembro de 1996, é apresentada como exemplo de tendência à modernização industrial apoiada em investimentos externos. O Porto de Sepetiba é anunciado como o vértice comercial do Mercosul, por onde circularão as mercadorias, capitais e serviços da Região Sudeste, tranformando aquela cidade num centro de negócios interna-

Empresários[6], políticos[7] e organizações não-governamentais[8] cooperam na produção de uma imagem positiva do Rio[9]. A cidade-metrópole tem problemas, mas

cionais. O Rio, por sua vez, terá o Teleporto, que ambiciona ser o mais moderno pólo empresarial da América Latina. Uma área de 250 mil metros quadrados, junto à Avenida Presidente Vargas, no centro do Rio, foi urbanizada pela Prefeitura que pretende recuperar seu investimento com a venda futura venda de 14 edifícios de escritórios, ligados por fibras óticas e ideais para abrigar serviços com forte demanda por telecomunicações. Estas são algumas das ações e planos que evideciam um notável intervencionismo estatal para promover e atrair investimentos privados, nacionais e estrangeiros. Para uma leitura abrangente da propaganda governamental dirigida ao setor empresarial, ver: Documento Especial / Oportunidades de investimentos: As melhores opções no Estado do Rio, Jornal do Commercio, 15 e 16.12.1996. Ver, ainda, "Sepetiba, o coração do Mercosul: estudo da FIRJAN propõe novo uso para o porto como distribuidor de carga para a região", O Globo, 30/01/97, p. 25. Ler, por fim, "Rio receberá US$ 4,4 bilhões em cinco anos: investimentos virão de agências internacionais de financiamento e serão aplicados em projetos dos governos estadual e municipal", JB, 19.11.95, p. 32.

O Prefeito Cesar Maia, nos anos de 1995-96, sitiou o carioca com obras feitas simultâneamente em 15 bairros – do Fundão à Barra da Tijuca e iniciou a construção da Linha amarela que vai ligar a Barra a Bonsucesso. O Rio Cidade, a Linha amarela e outros projetos da Administração Maia geraram 23.302 postos de trabalho em obras, o que explica, em parte, o apoio recebido politicamente por setores populares. O município tinha no final de 1996 uma dívida de cerca de 2 bilhões de dólares. Ver: Caderno Especial: O Rio de Marcello e Cesar, JB, 13.11.1996, pp. 1-6. À propósito, o setor da construção civil foi dos que mais empregaram em 1996 no Rio (+7,2%). JB, 30/01/97, p. 14.

(6) Os empresários vem participando iniciativas que estão definindo o projeto da cidade. É exemplo o *Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro*, que foi elaborado pelo Conselho da Cidade – formado de representantes da sociedade civil – a partir de um convênio entre a Prefeitura, a Federação das Indústrias do estado do Rio de Janeiro (FIRJAN) e a Associação Comercial do Rio. Ler, "Plano Estratégico mostra resultados", JB, 22.10.96, p. 23. Outros exemplos são o do lançamento da candidatura do Rio para ser sede dos Jogos Olímpicos de 2004 e a feitura do chamado "Master Plano" do Rio. Ver, JB,13.11.96, p.19. Para a documentação oficial, ler: Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro: Rio sempre Rio, IPLAN-RIO, Rio, janeiro de 1996; Relatório da Cidade 2: Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro, IPLAN-RIO, Rio, outubro de 1996.

(7) As articulações dos políticos são pluripartidárias. Existe também apoio do próprio Presidente Fernando Henrique, que tem afiançado a candidatura do Rio para ser sede das Olimpíadas, tem anualmente despachado com os seus ministros no Palácio Rio Negro, em Petrópolis e recebido pedidos de tratamento especial para o Rio de Janeiro.Ver, JB, 13.11.96, p. 19 e JB 23.01.97.

(8) O VIVA RIO, rede que inclui empresários e lideranças sindicais e populares, tem atuado em várias campanhas, inclusive na Rio 2004, nas quais tenta afirmar uma identidade coletiva positiva do carioca. Sobre o início do VIVA RIO, ler: Zuenir Ventura, Cidade Partida, Companhia das Letras, São Paulo, 1994. Para um depoimento sobre o VIVA RIO, ler: Luiz Eduardo Soares," O Mágico de OZ e outras histórias sobre a violência no Rio", in Violência e política no Rio de Janeiro (Luiz Eduardo Soares e colaboradores), ISER/Relume Dumará, Rio de Janeiro: 1996. Ler ainda: "Marcello e Maia usam trabalho de ONGs", JB, 17.12.95, p. 38.

(9) Um belo exemplo da contribuição de artistas neste processo é o clip promocional das Olimpíadas Rio 2004 cantando "Aquele Abraço", música de Gilberto Gil.

possui recursos físicos[10], econômicos[11], culturais[12], humanos[13] e políticos[14] para superar suas dificuldades. Esta é a base do moderado otimismo da elite empresarial e política. Aposta-se na recuperação da indústria fluminense, em novos investimentos estrangeiros e, até na implantação de uma grande infra-estrutura esportiva para acolher a desejada Olimpíada de 2004.[15]

A atual fase (1995-96) de realização do projeto estratégico de inserção do Rio no novo mercado mundial está facilitada devido a alguns fatores. Primeiro, a diminuição notável da inflação depois do Plano Real[16], de julho de 1994. Segundo, as derrotas eleitorais sucessivas dos partidos (PT e PDT)[17] que se opunham ao projeto neoliberal no Estado e no município do Rio. Terceiro, a fraqueza do associativismo[18] e a

(10) O Rio continua a ser associado com um cartão postal do Brasil, e é visto pelos cariocas como uma cidade atraente. O reconhecimento desse fato se encontra, por exemplo, produção cinematográfica brasileira recente na qual o cenário carioca predomina. Ver. JB, 20.08.95, p. 31. Ao lado de um dos maiores centros urbanos do País, se encontra a mais vasta floresta urbana do mundo (Floresta da Tijuca). Vales, restingas, lagos, lagoas e praias famosas completam um mapa natural de grande potencial turístico.

(11) O estado do Rio é o maior produtor de petróleo (442 mil barris-dia), gás natural (com 28,20% das reservas nacionais), aço bruto e de ferro do País. Possui o segundo maior parque industrial e maior aeroporto em movimento nas áreas nacional e internacional. A partir de 1995, o Rio recuperou o segundo lugar no ranking do Produto Interno Bruto nacional.

(12) O patrimônio histórico e cultural da ex-capital do Brasil é também notável, destacamdo-se o Paço Imperial, as praças e jardins do centro do Rio e os museus e galerias de artes. Possui ainda grandes recursos de lazer, especialmente vida noturna.

(13) As maiores universidades federais e importantes centro de pesquisa estão no Rio. A taxa de alfabetização do Rio (90%) está entre as maiores do País.

(14) Com significativa bancada de deputados federais e burocratas dentro do aparelho estatal , a articulação e defesa de interesses do Rio é potencialmente alta.

(15) Estima-se que seriam investidos cerca de 703 milhões de dólares na preparação para o evento. JB, 01/09/96, p. 27. O prefeito Luís Paulo Conde afirma que seu modelo de gestão urbana será o de Barcelona, Espanha. Ver, JB, 17.11.96.

(16) No ano de 1995, a alta do custo de vida no Rio foi de 27,85%. Em 1996,a inflação anual dos preços ao consumidor , medida pela Fundação Getúlio Vargas, foi de 11, 54% no Rio de Janeiro. A menor inflação desde 1950. JB, 09.01.97, p. 13.

(17) A vitória de Cesar Maia (PFL) sobre Benedita da Silva (PT), na disputa pela prefeitura carioca, parece ter marcado um ponto de significativa rejeição da função social do urbanismo. O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, que estabelece as condições legais para o crecimento da cidade, foi aprovado pela Câmara Municipal em julho de 1992. Este Plano Diretor foi amplamente discutido e possui consideráveis avanços em termos da função social da cidade.. O Prefeito César Maia não realizou as determinações no Plano. Já em 1993, o Prefeito promovia o Plano Estratégico da Cidade, que passou a orientar sua Administração, ao invés de complementar o Plano Diretor aprovado pela Câmara Municipal. Para uma visão do que poderia ser um Plano Diretor de orientação democrática-popular, ver: Plano Diretor: instrumento de reforma urbana, Grazia de Grazia (org.), FASE, Rio de Janeiro, 1990.

(18) Na pesquisa Lei, Justiça e Cidadania, realizada pela Fundação Getúlio Vargas e ISER, entre setembro de 1995 e julho de 1996, na qual foram ouvidos 1574 moradores, nos municípios dos Rio, Niterói, São Gonçalo, Magé, Duque de Caxias,

expansão da criminalidade urbana violenta[19].

Nova Iguaçu, São João de Meriti, revela-se esta fragilidade do associativismo.

Vejamos as perguntas:

1) É filiado a sindicato?

	Sexo				Total	
	Masculino		Feminino		Count	Col %
	Count	Col %	Count	Col %		
Sim	163	23,9%	95	10,7%	258	16,4%
Não	521	76,1%	795	89,3%	1315	83,6%

2. É membro de associação de pais?

	Sexo				Total	
	Masculino		Feminino		Count	Col %
	Count	Col %	Count	Col %		
Sim	13	1,9%	17	1,9%	30	1,9%
Não	671	98,1%	873	98,1%	1544	98,1%

3. Gostaria de se tornar membro de assoc. de moradores?

	Sexo				Total	
	Masculino		Feminino		Count	Col %
	Count	Col %	Count	Col %		
Não se aplica	39	5,7%	61	6,9%	100	6,4%
Sim	186	27,2%	176	19,8%	362	23,0%
Não	446	65,2%	641	72,0%	1087	69,0%
Não sabe	11	1,7%	11	1,3%	23	1,5%
Não respondeu	1	,2%	1	,1%		

4. É filiado a algum partido político?

Sim	22	3,2%	19	2,2%	41	2,6%
Não	662	96,8%	870	97,8%	1532	97,4%
Total	684	100,0%	890	100,0%	1574	100,0%

O associativismo religioso, no entanto, não parece estar enfraquecido no Rio de Janeiro. O potencial da dinâmica de criação de identidades coletivas e ajuda recíproca abre portas para emergência de comunidades parciais e movimentos sociais. Ver, a respeito, entre outros estudos: Caminhos cruzados: juventude, conflitos e solidariedade, (colaboradores: Regina Novaes, Ludmila Catela e Rozeclea Nascimento), ISER, Rio de Janeiro: 1996.

(19) A temática da criminalidade violenta teve grande importância nas campanhas eleitorais de 1992 (principalmente , os arrastões nas praias que favoreceram politicamente o candidato a prefeito César Maia), 1994 (a reivindicação da Operação Rio, usada contra o candidato do brizolismo a governador, Anthony Garotinho), e 1996 (as balas perdidas, usadas parcialmente para indicar a ineficácia da política de segurança pública do governador Marcello Alencar). Para um exemplo das críticas de César Maia durante a campanha eleitora, ler: JB, 07.09.96, p. 16.

A imagem que se constrói dessa criminalidade violenta é racista e classista: bandido é negro, pobre e favelado, envolvido com tráfico de drogas. A favela passa a ser vista preponderantemente como a base de operações do crime organizado na cidade do Rio de Janeiro. "No novo modelo de segregação espacial, favelas e periferia são marcadas pela retração do antigo tecido associativo e pela expansão de formas criminosas e perversas de sociabilidade. tal mudança reforça a dissiminação da cultura do medo que reconstrói os significados das favelas e periferia: deixam de ser territórios de coagulação de valores e signos positivos, referências de identidades coletivas, e passam crescentemente ao papel de estigmatizadores e diabolizadores dos pobres, na medida em que se busca associá-los como o lugar e a origem da chamada violência urbana". Cf. Luiz César de Queiroz Ribeiro, op. cit., p. 177.

Ler, ainda, Ana Maria Quiroga Fausto Neto, "Violência e dominação: as favelas voltam à cena", revista Sociedade e Estado, v. X, 2, jul.-dez. 1995. p. 417-38.

2. O Plano Estratégico do Rio[20] e a política de segurança pública

O Projeto-Cidade para ser eficaz depende, entre outros fatores, de 1. cons-

(20) Para ver as recomendações feitas pelo Plano na área de segurança pública, ler: Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro: Rio sempre Rio, IPLAN-RIO, Rio, janeiro de 1996, p. 70-73. Convém, lembrar que as operações na área de segurança pública – polícia ostensiva e judiciária – são de competência do Estado Federado, e não do Município. Daí, neste

truir e/ou modificar a imagem que a cidade guarde de si e revela no exterior (marketing urbano); 2. diagnosticar os problemas que precisam ser resolvidos para efetivar o projeto; 3. mobilizar atores públicos e privados (p.ex. associações de empresários, organizações não-governamentais) e efetivar medidas e campanhas, de imediato, para efetivar o plano.

Um dos problemas mais importantes para a imagem da cidade, e para vida dos cariocas, permanece sendo a criminalidade violenta e a atmosfera de medo coletivo vivenciado pela população[21].

A criminalidade urbana violenta foi interpretada, na visão político-social dominante, como gerada e continuamente agravada, pela atuação dos narcotraficantes, pesadamente armados e bastante violentos, que prosperaram e passaram a controlar as favelas cariocas devido à "falência" ou "ausência"[22] do Estado. Para superar a crise de segurança pública o diagnóstico apontava para a necessidade de mudança política (entenda-se, derrotar o brizolismo e seus aliados) , a contenção ou destruição do ator político emergente (o narcotraficante e sua rede de "criminalidade organizada" sediada nas favelas), e a reforma modernizadora do aparato de segurança pública.[23]

artigo tentar-se articular a dimensão de construção estratégica da cidade com a dimensão de segurança pública comandada pelo governo estadual. Para uma análise jurídica completa da questão da organização das competências na área de segurança, ler: César Caldeira, "Segurança Pública e Cidadania: as instituições e suas funções no Brasil pós – Constituinte", Revista Archè, n.° 9, ano III, 1994.

O diretor-executivo do Conselho da Cidade, Rodrigo Lopes afirma que a segurança é a área onde o Rio encontra ainda maior dificuldade. "Os governos estadual e municipal ainda não chegaram a um consenso nessa árrea". Cf. JB, 22.10.96.

A análise que segue está baseada, *em parte*, no documento "Nota Técnica – Violência" escrito por Rosanna Zraick, da equipe de consultores do Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro, datado de março de 1995. Zraick reconhece no seu texto, na p. 3, que: "Os indicadores de criminalidade utilizados neste trabalho foram extraídos dos estudos sobre violência e criminalidade realizados pelo Núcleo de Pesquisa do ISER, com apoio da FAPERJ. Esses mesmos dados foram utilizados pelo movimento Viva Rio em sua análise da violência no Rio de Janeiro, e são fruto de um cuidadoso e demorado trabalho de levantamento junto aos órgãos de segurança pública do estado".

(21) A sensação de crise na área de segurança está amplamente documentada em jornais e revistas. Para uma visão desta crise no final do governo Moreira Franco /PMDB (1987-1990) que havia prometido acabar com a insegurança em 6 meses, combatendo o crime organizado localizado nas favelas e ocupando as favelas com uma polícia forte, ler: "Rio em Crise", caderno especial da FSP, 05.08.90. A pesquisa DATA FOLHA publicada então mostra que 57% dos entrevistados afirmam ser a segurança e violência o principal problema do Rio. O custo de vida esta em segundo lugar com 17% das respostas dos entrevistados. Ver: "Carioca quer abandonar a sua cidade", FSP, 05/08/90, p. 1.

(22) Na Nota Técnica – Violência (supra cit.) lê-se na conclusão, p. 27: " O diagnóstico da situação do Rio de Janeiro no que se refere à violência aponta para a ausência do Estado, como principal causa dos níveis e do tipo de criminalidade que assola a cidade". Mas, esta interpretação está presente na análise feita pela imprensa, ver, por exemplo, no editorial da "A morte chegou mais cedo", FSP, 11.01.94, p. 1-2;

(23) Ler: Luís Antônio Machado da Silva, "Um problema na interpretação da criminalidade urbana violenta", revista Sociedade e Estado, v. X, 2, jul.-dez., 1995, p. 493-511. Ler também, a propósito das interpretações: Magda Prates Coelho,

Esta interpretação justifica uma política de segurança linha-dura que passou a ser detalhada no período 1995-96 pelo Secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro General Nilton Cerqueira[24]. A partir dos seus escritos e declarações pode-se enumerar os seguintes pontos principais da política governamental de segurança pública:

Primeiro, a "estratégia principal é a reativação da ação da polícia em todo o Estado do Rio de Janeiro, não mais se admitindo, como em tempos idos, áreas de exclusão à ação das Forças Públicas"[25].

"Crime Organizado e Pobreza: uma nova associação", Anais do Seminário Polícia Militar, Estado e Sociedade: os desafios da modernidade", Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte: 1992, pp.55-69. Para um texto sofisticado e abrangente, representativo dessa interpretação dominante – e que não apoia a truculência policial-, ler: Sérgio Abranches, "A alienação da autoridade: notas sobre a violência urbana e criminalidade", Governabilidade, Sistema Político e Violência Urbana, João Paulo dos Reis Velloso (coordenador), José Olympio, 1994, p.123-57. Para uma análise crítica dessa interpretação sócio-política dominante, ler: Jorge da Silva, "Militarização da Segurança Pública e Reforma da Polícia: um depoimento", in Ensaios Jurídicos: o Direito em Revista, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), Rio de Janeiro, 1996, p. 497-519.

(24) Nilton de Albuquerque Cerqueira, 66, general-de-brigada da reserva do Exército. Deputado federal licenciado, eleito com 40 mil votos – em grande parte de policiais – pelo PP/RJ, partido que apoiou a candidatura do governador Marcello Alencar. Dirigiu a PM/RJ no período 1981-82, época em que instituiu o sistema de promoção por bravura. Chefe do Doi-Codi da Bahia durante a ditadura militar. Cerqueira foi o responsável pela morte do capitão Carlos Lamarca, líder guerrilheiro, em 1971. O " Grupo Tortura Nunca Mais" divulgou um "Dossiê Nilton Cerqueira", datado de 19.05.1995 e assinado pela sua presidente Cecília Coimbra, que afirma que: "Em 17.09.1971, Carlos Lamarca e José Campos Barreto, também militantes do MR-8, foram assassinados a sangue frio por tropa comandada pelo major Nilton Cerqueira". Sobre o general, ler ainda: JB, 18.05.95, p. 23; JB, 12.05.95, p. 12.

Cerqueira substituiu o primeiro secretário de segurança do governo Marcello Alencar o general da reserva Euclimar da Silva, que pediu demissão, no dia 15.05.1995, depois de cinco meses e meio de atuação, sem ter conseguido reverter a situação de violência no Rio, e principalmente debelar a onda de seqüestros existente. Euclimar deixou ao cargo, entre outras razões, por não ter sido consultado sobre a extinção da Divisão Anti-Seqüestro (DAS), que mostrava-se então ineficaz para resolver casos de seqüestros e era objeto de inúmeras críticas. O governador disse que a escolha de Cerqueira atendia a "dois grandes desafios" do governo: a reforma das instituições policiais e o "combate em caráter emergencial" ao crime. Ver, FSP, 18.05.95, p. 3-1. Para um perfil completo do general Cerqueira, ler: "Bala na agulha", Revista Manchete, 24.06.1995, p. 14-23. O documento oficial que enuncia a "Política de Segurança Pública para o Estado do Rio de Janeiro", período 1995/1998, está no DOESRJ 150 de 09.08.1995.

(25) Nilton Cerqueira, "Nota aos 'policiólogos'", JB, 08.05.96, p. 9. Aqui está um bordão típico desta política: a acusação de que o ex-governador Brizola não deixava a polícia invadir as favelas. Ver, ainda, FSP, 19.05.95, p. 3-4, para declarações de Cerqueira no mesmo sentido no momento em que tomava posse como Secretário de Segurança. Segundo o noticiário atual, a polícia efetivamente invade as favelas. Mas o Governo Estadual para realizar obras saneadoras em 53 favelas vem pagando uma taxa extra de "segurança", ler: "Governo paga para entrar em favelas: guias são contratados para evitar que traficantes atrapalhem

Segundo, a "prioridade é combater os redutos do tráfico, capturando os bandidos e desenvolver programas de natureza cívico social em comunidades carentes"[26].

Terceiro, "a questão do narcotráfico, talvez a maior preocupação atual dos sistemas de segurança, ultrapassa divisas e fronteiras, tendo sido observado, no Rio de Janeiro de há muito e já em outros estados, que os narcotraficantes vem se utilizando de práticas próprias de guerrilha[27] e de terrorismo urbano[28] como estratégia para fazer com que os governos recuem da repressão legal, deixando livre o caminho para sua expansão".[29]

Quarto, "além da repressão a traficantes e consumidores, é preciso, mais do que nunca, identificar os financiadores e os intermediários do tráfico de drogas, em larga e pequena escala".[30]

obras e ameacem trabalhadores", O Globo, 17.03.96, p. 18.

(26) Nota supra cit. , JB, 08.05.96.

(27) Fontes do Comando Militar do Leste informaram que só em 1995 foram descobertos 15 casos de militares e ex-militares envolvidos com traficantes no Rio. Todos são ou foram das forças especiais, com curso de guerrilha. Cf. "Militares se envolveram com o tráfico", O Globo, 20.12.95, p. 1; 28. Existe também uma ligação antiga entre militares, traficantes de drogas e venda de armas. Ler, p.ex., O DIA, 24.11.96, p. 26; FSP, 18.11.96, p.3-9; JB, 18.11.96, p. 17; FSP, 28.06.95, p. 3-3.

(28) Os jornais noticiaram a existência de supostas "bases" assemelhadas a de guerrilheiros no morro do Andaraí, Grajaú. Ler: JB, 29.07.95, p. 22; FSP, 29.07.95, p. 1-2.

(29) Nilton Cerqueira, "Uma visão de realidade", FSP, 26.08.96, p. 3. Ver ainda: "Rio é uma área de guerrilha, diz secretário" FSP, 15.12.95, p 3-3. "Cidade tem áreas de risco", FSP16.12.95, p. 1-12; "Cerqueira diz que Rio vive guerra não declarada", JB, 17.10.96, p. 26. O ex-prefeito César Maia enfatiza também o papel estratégico das bases territoriais dos narcotraficantes. "A questão de fundo, que diferencia o Rio e torna o seu caso específico, é a existência de bases territoriais, com fronteiras ostensivamente controladas pelo crime. As bases territoriais são decisivas para o tipo de organização que o crime tem no Rio. São tão decisivas que as gangues precisam de armas pesadas para conquistar e manter territórios. As bases territoriais facilitam o tráfico, a guarda e a comercialização de drogas. Permitem a banalização dos seqüestros. ... É grave também pensar que se trata de uma questão estadual. Não é: é uma questão federal, porque caracteriza a ruptura da unidade de estado. A solução não é simples. Mas é só uma. Ocupar as bases territoriais dos traficantes e não sair mais delas. Simultâneamente, levar o estado às comunidades a partir da segurança pública. Esta operação não necessariamente seria sangrenta. Basta, para isso, que se tenham efetivos e organização. A segurança pública no Rio é hoje, principalmente, segurança do estado. sem essa não haverá segurança do cidadão." O Globo, 12.11.95, p. 32.

Para uma crítica não conservadora ao tráfico de drogas, a sua organização e suas conexões com o exterior, ler: Marcelo Lopes de Souza, "As drogas e a 'questão urbana' no Brasil. A dinâmica sócio-espacial nas cidades brasileiras sob a influência do tráfico de tóxicos", in Brasil: questões atuais da reorganização do território, orgs. Iná de Castro, Paulo Gomes e Roberto Corrêa, Bertrand do Brasil, Rio de Janeiro: 1996, p. 419 – 468.

(30) Idem, FSP, 26.08.96, p. 3. Ler, as considerações criminológicas do General Cerqueira em " Obsessão pela segurança", JB, 22.05.96, p. 11. Neste artigo afirma que "há uma relação estreita entre o aumento de impunidade e o deslanche da criminalidade nas áreas metropolitanas" ... "Um estudo sociológico feito recentemente constatou que nos últimos 10 anos, período em que se verificou vertiginoso crescimento da criminalidade violenta no Rio e São Paulo, declinou o número de prisões e condenações". Leia, ainda, a defesa feita por Cer-

Quinto, violência se combate com violência. "O policial deve atirar primeiro do que o seu agressor (sic) para não morrer", a afirmação consta de ofício enviado pelo General Cerqueira ao presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, deputado Nilmário Miranda (PT-MG). O secretário afirma que "a lei não exige que o policial espere o marginal atirar primeiro" e que "basta a iminência de agressão para a defesa ser legítima".[31]

Sexto, levar adiante a reforma das polícias civil e militar[32]. A reforma modernizadora é multifacetada. Entre seus objetivos estão: combater a corrupção interna[33], valorizar os policiais combativos com gratificações por ato de bravura (mérito especial),[34]

queira da repressão policial em "Carta aberta a um jurista", JB, 16.01.97, p. 11: "O estranho é que a qualidade de vida nas favelas melhorou consideravelmente nos últimos anos, enquanto paradoxalmente a violência aumentou. Os barracos de madeira foram substituídos pelos de alvenaria, do mesmo modo que a coleta de lixo e a distribuição de água melhoraram em muitos locais, mas, coincidentemente, ocorreu a disseminação da violência. Será que agora a iluminação mais intensa se constitui, comprovadamente, um instrumento preventivo eficaz? É o bastante para inibir bandido armado de AR-15 pronto para matar?"

(31) Cf. FSP, 01.06.95, 3-3. Ver ainda, "Cerqueira reafirma que polícia deve atirar primeiro" FSP, 29.05.95, p.3-3; "Nilton Cerqueira recomendou à polícia que não socorra supostos marginais baleados em tiroteio." Cf. FSP, 25.05.95, p. 3-1; "Nossa recomendação é para o policial atirar primeiro. O primeiro tiro tem que ser dado pela polícia, não pelo bandido." Cf. FSP, 21.05.95, p. 1-2.

(32) O General Cerqueira chegou a sugerir a extinção da Polícia Civil. Cf."General é ameaçado ao propor fim de polícia", OESP, 4/8/95, p. C7. Ver ainda, sobre mudanças na polícia civil, O DIA, 27.07.95, p. 13; JB, 06.11.95, p. 15; FSP, 05.12.95, p. 3-3. Ver; sobre os vários aspectos das reformas a entrevista de Cerqueira, na revista Manchete, 24.06.1995.

(33) Ler: "Corrupção atinge 80% da Polícia", JB, 06.11.95, p. 1 e 15. Os indícios de corrupção policial são, de fato amplos e bem documentados na imprensa. Ver, por exemplo: "Celular revela ligação entre tráfico e polícia", JB,07.09.96. Rastreamento da Telerj pedido pela Justiça pegou entre 300 telefonemas feitos pelo traficante *Marcinho VP*, chefe do morro Dona Marta, várias ligações para a sede da Polícia Civil do Rio, para o BOPE, da PM, além da Assembléia Legislativa. Ver, ainda, JB, 31.10.96, p. 25. Ou, também, "Policiais seqüestravam traficantes", O DIA, 27.07.95, p. 1. Sobre a intenção de punir corruptos, ler: JB, 04.06.95, p. 19.

(34) Em novembro de 1995, o governador Marcello Alencar criou uma gratificação para os agentes policiais que se destacam em ações – a conhecida gratificação "faroeste" (decreto 21.753). De acordo com análise da Comissão de Segurança Pública da Assembléia Legislativa do Rio – baseada em números fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública, antes da gratificação faroeste a média de civis suspeitos mortos em tiroteios com policiais era de dez por mês. Depois da gratificação subiu para 25. O que gera uma promoção por bravura? 1. Localização e invasão de cativeiro, resgate do seqüestrado e prisão dos criminosos; 2. Ações em favelas que resultem em prisão dos traficantes, apreensão de armas e fechamento de pontos-de-venda de cocaína e maconha. 3. Quando um policial, mesmo em inferioridade, reage contra criminosos e têm êxito. Cf. "Rio gratifica policial que mata mais: desde que o Estado criou a gratificação 'faroeste', número de civis mortos cresceu 150% e o de policiais, 37,5%", FSP, 19.07.96, p. 3-1. Ver também a longa reportagem "PM do Rio mata cada vez mais", JB, 07.04.96, pp. 1, 27-29. Este política implantada tem recebido muitas críticas. Ver, JB, 05.12.96, p. 9; JB, 31.01.97, p. 13. Premiações foram dadas sem cumprimento de requisito de

reequipar as corporações.[35]

Sétimo, recuperar "a credibilidade das instituições policiais, obter o apoio da sociedade e a redução a níveis suportáveis dos índices de criminalidade no Estado".[36] A partipação da sociedade no combate à criminalidade deveria se dar, principalmente, através da colaboração com a polícia por meio de informações anônimas: o Disque-Denúncia[37]. Criado com ajuda de empresários, este serviço parece ser um caso de sucesso. Entre agosto de 1995 e início de dezembro de 1996, recebeu 67.002 ligações[38], tendo contribuído para solução de seqüestros[39] e prisões de traficantes.

A política de segurança pública acima delineada tem sido saudada pelo governador como exitosa[40]. Baseando-se, em grande parte, nas estatísticas da Secretaria de Segurança[41] argumenta-se que diminuiram o número de homicídios, seqüestros extorsivos, roubos e furto de veículos. Por outro lado, aumentaram as apreensões de drogas, prisões em flagrante por tráfico, posse e uso de drogas. Críticas à política de segurança no período 1995-96 foram recebidas como se fossem ataques políticos, como quando feitas pelo Prefeito César Maia,[42] por pesquisadores ou penalistas,[43] ou

apresentação de, pelo menos, duas testemunhas insuspeitas da ação que justifica o benefício (82,5% dos 103 casos analisados , e que resultaram na promoção de 180 Pms), Cf. "Bravura sem testemunha", JB, 07.07.96, p. 34. Outro aspecto que é importante: nove entre dez policiais militares mortos entre junho de 1995 e março de 1996 não estavam a serviço, segundo informação prestada pela Secretaria de Segurança. Provavelemente muitas mortes ocorreram quando os policiais estavam fazendo *bicos* como seguranças particulares. Cf. JB, 17.05.96, p. 24.

(35) Ver: JB, 07.09.95. p. 16. Ler ainda: "Rio compra equipamento inadequado: Secretaria de Segurança Pública gastou R$ 7,8 milhões em material considerado ruim por oficiais da PM", FSP, 07.04.95, p. 3-5.

(36) Cf. declarações de Cerqueira, sobre prioridades como secretário de Segurança, revista Manchete, 24.06.95, p 19.

(37) Ler: "Carioca põe o crime na linha", VEJA/Rio, 08/11/95, pp. 8-12; "Disque-Denúncia vira central onde carioca reclama de tudo", JB, 26.05.96, p. 30.

(38) Jornal do Commércio, 05.12.96, p. A-5.

(39) São exemplos os casos dos estudantes Marcos Chiesa e Carolina Dias Leite.

(40) Ler: "Resgate da confiança", JB, seção Opinião, 27.10.96, p. 11

(41) Convém citar uma declaração do próprio Gen. Nilton Cerqueira, quando já exercia o cargo de Secretário de Segurança do Rio, sobre as estatísticas de criminalidade no Rio: " As estatísticas não merecem crédito, porque não correspondem à verdade. E isso se deve, principalmente, ao fato de as pessoas não acreditando nas polícias, não registrarem as ocorrências de que são vítimas". Cf. "Bala na agulha", Revista Manchete, 24.06.1995, p. 18.

(42) César Maia diz o seguinte sobre o Gen. Cerqueira: "Ele pensa que está na guerra do Paraguai. Só fala em quantos bandidos foram abatidos, quantas armas pegaram. É um relatório de guerra. Quero ver é dizer quantas pessoas foram condenadas devido à investigação da polícia. Daqui a sete meses o caos nessa área ficará claro para todos". Cf. JB, 31.12.96, p. 5.

(43) Ler, entre outros textos do Gen. Cerqueira, "Nota aos 'policiólogos', JB, 06.05.96, p. 9; "Carta aberta a um jurista", JB, 16.01.97. Escreve o General: " A crítica dos intelectuais de polícia, os quais denominamos de "policiólogos", é outro fator adverso ao trabalho policial no nosso país, em particular, e no mundo, em geral, funcionando como proteção ao crime e aumentando os lucros da "indústria do crime", esquecendo-se do verdadeiro sujeito dos direitos constitucionais, o cidadão". Cf, Nilton Cerqueira, "Uma visão da realidade", FSP, 26.08.96, p. 1-3.

organizações de defesa de direitos humanos.[44]

O debate sobre a atual política de segurança está apenas começando[45]. Por um lado, o governo estadual esforçou-se para demonstrar combatividade e recuperação de controle sobre a situação. No plano psico-social, provavelmente as expectativas mais negativas, relativas à omissão do Estado, foram revertidas. Mas a credibilidade nas instituições de segurança pública ainda é muito baixa. Pesquisas indicam, por exemplo, que: 1. o sentimento de insegurança do carioca é elevado[46] e que ele tem mais medo que confiança na Polícia Civil do Rio;[47] 2. metade dos cariocas já foi roubado [48] e que 77% dos fluminenses nunca registraram queixa na polícia.[49] O temor dos juízes eleitorais com a segurança nas eleições de 1996 também sugeriram que segmentos importantes da elite fluminense não estão ainda plenamente convencidos do controle policial no Estado.[50] A preocupação com a segurança está bem presente no planejamento da viagem do Papa ao Rio[51] e no projeto de candidatura do Rio para sede das Olimpíadas em 2004.[52] A redução do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) de cerca de 300 mil imóveis situados perto de favelas e áreas de violência indica outro desdobramento da deterioração urbana.[53] Ocorreu, por fim, um certo deslocamento nos temas tratados pela imprensa na área da segurança pública: se em 1995, a questão mais notável

(44) Ler: "Cerqueira diz que ONG é coisa de vagabundo: relatório sobre direitos humanos no Rio irrita secretário de Segurança, governador e prefeito", O Globo, 31.01.96, p. 12. Ler ainda, os comentários do General ao 20.º relatório anual sobre direitos humanos do Departamento de Estado norte – americano que criticou a chamada "lei faroeste", apontada no documento como responsável pelo aumento de morte de suspeitos por policiais militares, ver: JB, 01.02.97, p. 8.

(45) Dentre os artigos mais completos de crítica à atual política de segurança pública estão: Carlos Magno Nazareth Cerqueira, "Remilitarização da segurança pública: a operação Rio", Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, n.º 1, 1.º semestre de 1996, p. 141-168, e; Jorge da Silva, "Militarização da Segurança Pública e Reforma da Polícia: um depoimento", in Ensaios Jurídicos: o Direito em Revista, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), Rio de Janeiro: 1996, p. 497-519.

(46) Ler, "Carioca sob o domínio do medo", JB, 12.11.95, p. 40-41. Na pesquisa do Data Brasil, realizada em março e maio de 1995 – 600 pessoas de diversas classes sociais, com mais de 16 anos – 54, 2% dos entrevistados responderam que "o Rio de Janeiro comparado a outras cidades do mundo é mais violento.

(47) Para 57% dos cariocas entrevistados pela DataFolha a Polícia Civil inspira mais medo que confiança, Cf. FSP, 14.01.96, p. 3.3.

(48) Pesquisa JB-Petrobrás mostra que 51% entrevistados no município do Rio de Janeiro (a média do Estado é 48%) já foram roubados. O GERP entrevistou 2400 pessoas nos 24 principais municípios do Estado durante o mês de julho de 1996. Ler, "Rio, um estado de medo", JB, 28.07.96, p. 28.

(49) Mesma pesquisa, nota supra, JB, 28.07.96, p. 29.

(50) "PM confirma falta de segurança", O Globo, 16.09.96, p. 3.

(51) "Hospedagem do Papa causa preocupações", JB, 16.01.97, p. 25.

(52) JB, 01.09.96, p. 27.

(53) Críticos afirmaram que a medida consistia no reconhecimento oficial da violência. A lei atinge imóveis residenciais e comerciais, além de terrenos, de 4.626 ruas ou trechos. Ler: "Violência reduz IPTU de 300 mil imóveis", JB, 07.11.96, p. 1. Ver ainda, JB, 08.11.96, p. 24.

talvez tenha sido os casos de seqüestros extorsivos, em 1996, as chamadas "*balas perdidas*" e o crescente número de vítimas foram um tema constante.[54]

3. Breve nota sobre os principais operadores na área da Segurança Pública e combate aos seqüestros no período 1995-96.

O governo Marcello Alencar começa durante a Operação Rio.[55] Portanto, se destaca neste período inicial, o Comandante da Operação Rio, general Jugurtha Câmara Senna e o Comandante Militar do Leste, general Edson Alves Mey. As tropas militares disponíveis durante a Operação somavam 125.850 homens[56], que deveriam combater um contingente estimado, pela 2ª Seção da PM-RJ, de 11.340 bandidos-traficantes[57].

3.1 1.º Secretário de Segurança Pública – (01/01/95 – 16/05/95)

O general-de-brigada, da reserva, do Exército Euclimar Lima da Silva[58] foi

(54) Foram inúmeras matérias jornalísticas relatando casos de vítimas inocentes de disparos de armas. Até o dia 28 de novembro de 1996, haviam 82 vítimas, com 20 mortos e 62 feridos. CF. JB, 06.12.96, p. 24. Ler ainda, "Balas perdidas agora são preocupação até da polícia", JB, 03.11.96, p. 1 e 26-27. De acordo com levantamento feito pelo Jornal do Brasil, em 1994, 49 pessoas foram baleadas, sendo que destas 16 foram mortas. Em 1995, foram 41 vítimas, entre elas 14 não resistiram e morreram. Cf. "Bala perdida", JB, 14.07.96, p. 27.

(55) Para uma análise crítica , ler: Cesar Caldeira, "Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica". Este trabalho foi originariamente apresentado no XIX Encontro Anual da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Ciêmcias Sociais (ANPOCS), em Caxambú, em outubro de 1995. O artigo que resume aquele trabalho está publicado no anuário da ANPOCS "Ciências Sociais Hoje, 1996", que tem como título Política e Cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas, organizado por Elisa Reis, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Peter Fry, Hucitec-ANPOCS, São Paulo, 1996. Segundo pesquisa do DataFolha, 89% dos entrevistados em novembro de 1994, desejavam a manutenção dos militares na Operação Rio em 1995. Cf., "Cariocas querem ação do Exército também em 1995", FSP, 27.11.94, p. 1-7. Ler ainda, JB, 07.12.94, p. 21.

(56) Eram 85 mil soldados (30 mil do Exército, 40 mil da Marinha e 15 mil da Aeronáutica), mais 28.500 policiais militares, 11.500 policiais civis e 850 policiais federais. Cf. Juliana Resende, Operação Rio: relato de uma guerra brasileira, Scritta, São Paulo, 1995, p. 46.

(57) Seriam 4.800 traficantes-chefes, 4.400 *soldados* armados, 1.400 olheiros e 740 passadores de drogas. Cf. Juliana Resende, Operação Rio: relato de uma guerra brasileira, Scritta, São Paulo: 1995, p. 46. Outras estimativas existem: as investigações da Polícia Federal levam a crer que o chamado "Cartel do Rio" emprega 100 mil pessoas. Cf. "Tráfico emprega 100 mil pessoas", JB, 10/09/95, p. 29. O Serviço reservado da PM, em 1994, elencava 344 pontos de tráfico de drogas no Rio, que vendiam por mês, duas toneladas de maconha e cocaína. Para uma listagem dos 15 pontos mais movimentados, ver: Resende, p. 61-64.

(58) Lima da Silva foi secretário-executivo da Comissão Especial de Investigação da SAF (Secretaria de Administração Federal) criada para combater a corrupção no poder Executivo federal e participou da montagem do esquema de segurança da Eco-92 (Conferência Internacional Sobre Ecologia e Meio Ambiente), ocorrida no Rio em junho de 1992. Foi para a reserva em 31.03.1994. Antes disso ocupou a função de chefe do Estado-Maior do Comando Militar do Leste, sediado no Rio. Também comandou a 1ª Brigada de

nomeado pelo Governador Alencar como secretário de Segurança, de uma secretaria reorganizada, à qual ficaram subordinadas as chefias de Polícia Civil e de Polícia Militar[59]. Suas prioridades eram: reorganizar as polícias estaduais, combater a corrupção policial, e possibilitar a transferência da Operação Rio para o Estado, tirando, assim, o Exército da linha de frente das ações[60]. Além dessas, destacavam-se a importância em aumentar o policiamento ostensivo, tornar a polícia judiciária mais atuante e "limpar"[61] as favelas para que depois a política social se instaurasse. De fato, o general era o elo de ligação entre os militares que comandavam a Operação Rio "conjuntamente" com o Secretário de Segurança. Na medida que a Operação foi sendo desativada sua importância dentro do governo Alencar foi sendo reduzida.

O delegado-chefe neste período foi Dilermano Amaro[62] e o comandante-geral da Polícia Militar foi Dorasil Castilho Corval[63]. A partir do final de janeiro o Exército passou a transferir o comando de operações nas favelas e morros para a polícia militar.[64]

3.1.1 Durante a Operação Rio houve um recrudescimento dos seqüestros extorsivos. Atenção especial foi dedicada ao problema no início do governo Alencar. O primeiro chefe da Divisão Anti-Seqüestro (DAS) foi o delegado Agra Lopes, que havia assumido a direção após o afastamento do delegado Hélio Vígio, ainda no governo de Nilo Batista.[65] Lopes permaneceu no DAS até 21.02.1995. Durante o período ampliou o quadro da Divisão , tendo conseguido 23 policiais para reforçar a equipe de 70 agentes.[66]

O delegado Ícaro da Silva [67] substituiu Lopes. A atuação da DAS no seu período também não agradou ao governador Marcello Alencar, que havia estabeleci-

Cavalaria Mecanizada e dirigiu o Centro de Avaliações do Exército. Cf., FSP, 01.12.94, p. 1-10.

(59) Ver, organograma da nova secretaria de Segurança, JB, 13.01.95, p. 13.

(60) Ler, entrevista do General Lima da Silva, JB, 11.12.94, p. 13

(61) A expressão é do Gen. Lima da Silva, que também usava a expressão "ganhar essa guerra" quando se referia à Operação Rio. Cf, entrevista supra cit., JB, 11.12.94, p. 13.

(62) Na posse, o novo chefe da Polícia Civil, Dilermano Amaro, criticou o MP por "invadir" competências da Polícia Civil no trabalho de polícia judiciária e investigação policial.Foi uma referência à atuação do MP no caso da lista do bicho – livro-caixa encontrado no escritório do bicheiro Castor de Andrade, em março de 94, com mais de 200 nomes que receberiam propinas. O MP investigou o caso sozinho. Da lista constavam nomes de mais de 60 delegados e policiais civis, que estão sendo processados na Justiça. "Acho que o MP talvez tenha ultrapassado o limite de sua competência nesse caso." Amaro, 49, era chefe do Departamento Administrativo do ex-secretário Mário Covas. Cf, FSP, 06.01.95, p. 1-11.

(63) Dorasil Corval, 46, era coronel da PM há dois anos. Bacharel em administração e direito e fez carreira na Polícia Militar no setor de ensino e formação de quadros. Na posse disse que a PM "não precisa mudar" e que não é corrupta. Cf, FSP, 06.01.95, p. 1-11.

(64) Ler, "PM passa a comandar ações", FSP, 24.01.95, p. 1-12. Ver ainda, pelo no convênio assinado entre Estado do Rio e Forças Armadas policiamento do Exército será nas ruas e 'áreas estratégicas' Cf," Militar não sobe morro na 2ª fase da ação", FSP, 28.03.95, p. 1-12.

(65) Cf, "DAS terá novo chefe", JB, 21.02.95, p. 18.

(66) Cf, nota supra cit., JB, 21/02/95, p. 18.

(67) Ícaro da Silva foi diretor da Divisão de Fiscalização de Armamentos e Explosivos (DFAE).

do o combate aos seqüestros como uma das prioridades de sua administração. Na época, o general Lima da Silva apresentou ao Ministro da Justiça Nélson Jobim planos de reestruturar a DAS, criando equipes de investigação que contariam até com integrantes das Forças Armadas.[68] Dois episódios desagradaram particularmente ao governador Alencar. O primeiro, em maio, quando a polícia de Minas Gerais entrou em território fluminense e libertou a estudante Patrícia Zamboni, 13, sequestrada em Além Paraíba (MG) no dia 24 de abril. A polícia do Rio não atuou nas investigações sobre o caso.[69] Nem a família da vítima nem a polícia mineira quiseram sua ajuda. Segundo, o Governador se irritou mais ainda com as críticas de parentes de Juliana Lutterbach, 13, à atuação da DAS na apuração do seqüestro da menina, encerrado à mesma época. Os parentes disseram considerar suspeita a atuação da DAS, devido a uma suposta negligência dos policiais.[70] Face à crise na DAS, Alencar decidiu extingüila, sem consultar o Secretário de Segurança. Esta decisão precipitou o pedido de demissão de Lima da Silva, que há tempos já não se entendia bem com o governador.[71]

3.2 2.º Secretário de Segurança (17.05.95 em diante)

O general Nilton Cerqueira foi escolhido por Alencar e sua nomeação contou com apoio do Executivo federal e das Forças Armadas.[72] Face aos problemas notórios da DAS, Cerqueira indicou logo o delegado Hélio Luz[73] como novo titular da divisão em de 27.05.1995. "A partir de agora a Anti-Seqüestro não seqüestra mais"[74] disse Luz , que teria como uma de suas atribuições principais conduzir uma devassa na DAS. Luz pretendia ainda coibir as atividades de policiais que ofereciam e cobravam por seus serviços a famílias de seqüestrados e não permitir o uso de X-9 (informantes).[75]

Cerqueira inicialmente manteve os chefes das polícias Civil e Militar, nomeados pelo ex-secretário Euclimar da Silva[76]. Depois de um período de avaliação, manteve o comandante da PM Dorasil Dorval[77] e resolveu substituir o

(68) "Seqüestro traz ministro da Justiça ao Rio", JB, 07.02.95, p. 19.

(69) Cf. FSP, 17.05.95, 3-1.

(70) Criticou-se a inoperância da DAS que não conseguiu localizar o orelhão de onde eram feitas as chamadas telefônicas, apesar de terem sido vinte ligações ao todo, dentre elas uma de doze minutos. Sobre o seqüestro de Juliana Leutterbach. O líder do PP, deputado Rubens Tavares, acusou a polícia de ter roubado o dinheiro do resgate de Juliana, no valor de R$ 1 milhão. Ler: O Globo, 20.04.95, Rio, p. 4; 13.05.95, Rio, p. 18; 15.05.95, Rio, p. 9; 22.05.95, Rio, p. 10.

(71) Cf. "Cai secretário de Segurança do Rio: general pede demissão do cargo por discordar da extinção da DAS", FSP, 17.05.95, p. 3-1.; Ver ainda, JB, 18.05.95, p. 24. Segundo a própria DAS, 25 pessoas estariam em poder de seqüestradores no dia 19.04.1995. Este é um período em que o nome de alguns seqüestrados é guardado em sigilo pela DAS, como, por exemplo, uma sobrinha do médico Ivan Lemgruber. OESP, 20.04.95.

(72) Cf. "Nelson Jobim aprova nomeação", JB, 18.05.95, p. 24.

(73) "Secretário ordena devassa completa na DAS: Hélio Luz, novo titular da Divisão Anti-Seqüestro, assume e avisa que acabou a fase em que policiais participavam dos crimes", JB, 30.05.95, p. 20. Ver ainda, "Secretário nomeia novo diretor para a DAS", FSP, 26.05.95, 3-1.

(74) Ver, nota supra cit, JB, 30/05/95, p. 20.

(75) Ver, nota supra cit, JB, 30.05.95, p. 20.

(76) JB, 01.06.95, p. 25.

(77) O coronel Corval permaneceu durante todo o período deste estudo.

delegado Dilermano Amaro[78] por Hélio Luz, para a Chefia da Polícia Civil. Durante um breve período , o substituto de Luz, delegado Elias Barbosa respondeu pelo DAS (28.06.95 à 04.07.95).[79]

3.2.1 Depois de Hélio Luz, a DAS esteve sobre a direção do delegado Alexandre Neto[80] durante quatro meses (05.07.1995 à 04.11.1995). Atuou durante o seqüestro de Eduardo Eugênio Gouveia Vieira, sem sucesso. Supõe-se inclusive que tenha divulgado precipitadamente que Eduardo Eugênio teria sido libertado pela DAS.[81]

O delegado Paulo Roberto Maiato[82], assumiu a Chefia da DAS no dia 5 de novembro de 1995. Saiu no dia 25 de janeiro de 96.

(78) Entre as justificativas aventadas para a substituição de Dilermano Amaro estavam: 1. a falta de liderança e despretígio do Delegado perante os policiais; 2. o aparecimento do seu nome no inquérito feito sobre o chamado "escândalo das quentinhas" pelo MP. Nada foi comprovado contra o delegado, e por isso o MP pediu o arquivamento do inquérito. Cf. "Marcello faz mudanças na cúpula da Polícia: Hélio Luz substitui Dilermano Amaro que não se adaptou à política de Cerqueira", JB, 28.06.95, p. 21.

(79) JB, 28.06.95, p. 21.

(80) JB 04.11.95, p. 17.

(81) FSP, 30.10.95, p. 3-1. Ver ainda, "Demitido diretor da Divisão Anti-Seqüestro", O Globo, 04.11.95, p. C-6. Alexandre Neto, 36, delegado de confiança de Hélio Luz, teve uma trajetória controvertida. O ex-diretor da DAS foi eventuamente suspenso por 43 dias pelo secretário da Segurança, Nilton Cerqueira.O motivo da suspensão foi a entrega por Neto de um revólver a um comerciante da Baixada Fluminense. A Corregedoria de Polícia Civil concluiu que Neto cedeu a arma de forma indevida. Cf., FSP, 14.12.95, p. 3-3.

(82) Ver, "Diretor da DAS não acredita em resultado rápido", JB, 06.11.95, p. 15.

O delegado Antônio das Graças Francisco Ragozzo[83], assumiu então a Chefia da DAS, permanecendo no cargo de fevereiro de 1996 até 20 de março de 1996. Tentou reduzir as atividades burocráticas na DAS e remanejou para a rua os policiais que estavam na administração. Dos 115 homens que a DAS tinha tido, ele conseguiu reduzir o efetivo para 80.

No dia 21 de março de 1996, o delegado Herald Paquett Spindola Filho[84] tomou posse como diretor da DAS. Já trabalhava na divisão há um ano, mas só com a entrada de Ragozzo passou a ocupar o cargo de chefe de operações e coordenar as investigações sobre seqüestros.[85]

4. Breve comentário sobre a política de segurança pública (1995-96): gestores, críticos e crises.

Analisando-se, a atuação dos gestores do aparato de segurança pública estadual no período 1995-96 constatam-se algumas continuidades. Primeiro, os dois Secretários de Segurança Pública – generais Da Silva e Cerqueira – comungaram com os objetivos gerais da política de "lei e ordem" exposta pelo candidato a governador Marcello Alencar, conduzida durante a Operação Rio e mantida durante o biênio inicial de seu governo. Os dois generais promoveram ações na área de segurança pública interna orientados por valores, crenças e concepções oriundas da doutrina militar.[86] Ambos

(83) Ex-escrivão, previamente havia trabalhado exclusivamente em delegacias do interior do estado: Campos, Miracema, Santo Antonio de Pádua e Trajano de Moraes. Antes da assumir a DAS comandou a Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos. O Globo, 27.02.96, p. 16.

(84) "DAS tem novo diretor", JB, 21.03.96, p. 24.

(85) O delegado Herald Spíndola permaneceu como Chefe do DAS durante o restante do ano de 1996.

partilham da percepção que estão comandando ações numa *guerra* interna. Usam de táticas militares como "blitzes", "cercos", "tomadas", "ocupações" de morros e favelas onde se encontra o "inimigo" (o narcotraficante pesadamente armado). A diferença no período do General Cerqueira está em que nas ações empregam-se apenas as polícias estaduais e não mais as Forças Armadas[87]. É importante frisar que essa notável militarização da política de segurança pública parece encontrar amplo apoio na população[88] e na imprensa[89], pelo menos, por enquanto. A oposição política mais notável é do ex-prefeito César Maia que critica, principalmente, o Chefe de Polícia Hélio Luz por defender direitos humanos[90]. Organizações não governamentais, em particular de defesa de direitos humanos, não fazem críticas e/ou não tem expressão pública, com algumas poucas exceções[91],

Os bandidos não respeitam os direitos dos outros, por isso não merecem ter seus direitos respeitados.

Concordo totalmente	61,6%
Tendo a concordar	7,2%
Tendo a discordar	6,0%
Discordo totalmente	21,9%
Não sabe	2,6%
Não respondeu	0,8%
Total	100,0%

(86) Para uma análise detalhada do que é chamado "militarização ideológica", ler: Jorge da Silva, "Militarização da Segurança Pública e Reforma da Polícia: um depoimento", *in* Ensaios Jurídicos: o Direito em Revista, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), Rio de Janeiro: 1996, p. 497-519.

(87) As megaoperações policiais continuam no início de 1997, de maneira assemelhada à Operação Rio. Por exemplo, no dia 24 de janeiro foram ocupadas 100 morros e favelas do Rio por 4000 homens das Polícias Civil e Militar, e apoio da PF e da Polícia Rodoviária, para combater tráfico de drogas e apreensão de armas. Cf. JB, 25.01.97 p. 19; O DIA, 25.01.97, p. 15.

(88) Criou-se na opinião pública um entendimento *que não há outra alternativa senão* o uso cada vez maior e não controlado da força militar contra os "bandidos". Existe, por outro lado, uma crise de valores na sociedade. Ler, entrevista do psicanalista Jurandir Freire Costa comentando a aprovação que foi dada pela maioria da população à execução a sangue-frio de um assaltante por um policial, nas imediações de um *shopping center* no Rio, em março de 1995, que foi mostrada pela televisão. JB, 13.03.95, p.13. Ver, ainda, na pesquisa Lei, Justiça e Cidadania, realizada pela Fundação Getúlio Vargas e ISER, entre setembro de 1995 e julho de 1996, o resultado das respostas feitas à pergunta seguinte:

(89) A imprensa reflete o ascenso dos chamados Movimentos de Lei e Ordem no Brasil que ditam políticas criminais que afirmam: 1 – que a pena se justifica como castigo e retribuição; 2 – que os crimes hediondos sejam punidos com a morte ou penas de privação de liberdade longas; 3 – que a prisão provisória seja ampliada; 4 – que se devem abrir mais prisões de segurança máxima. Para uma introdução ao tema, ler: João Marcello Araújo Jr., "Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos", Sistema penal para o terceiro milênio, (org.) João Marcelo Araújo Jr., Revan, RJ, 1991, p. 65-79. Ler também: João Marcello de Araújo Júnior, "As reformas parciais e o sistema penal ou "nada acontece por acaso", (org.) Jaques de Camargo Pentado, Provas ilícitas e reforma pontual, Editora RT, São Paulo: 1997, p. 140-151.

(90) O tiroteio verbal é, às vezes, bem humorado. César Maia disse que mandaria "internar o Hélio Luz numa colônia de hippies", FSP,06.12.96, p. 3-1.

(91) Entre as exceções deve-se registrar a atuação do Grupo Tortura Nunca Mais e do Centro de Defesa de Direitos Humanos

além de mostrarem-se incapazes de formular alternativas de políticas democráticas de segurança pública [92]. A formulação de propostas alternativas veio, sem grande impacto político prático, do Legislativo estadual, através de uma Comissão Mista de Segurança Pública[93]. Apenas uma revista – Discursos Sediciosos – dirigida pelo ex-governador e jurista Nilo Batista, vem combatendo sistematicamente, no plano doutrinário, a política de segurança do governo Marcello Alencar.[94]

4.1 Caminhada Reage Rio

A ampla mobilização contra a violência efetuada no final de novembro de

Rubens Requião. Existe ainda um trabalho importante e de qualidade que é feito pela ONG Human Rights Watch/Americas de documentação e denúncia de violações de direitos humanos. Ler: Violência x Violência: violações aos direitos humanos e criminalidade no Rio de Janeiro, Human Rights Watch/Americas, Rio de Janeiro, 1996, p. 1-72. Para uma análise crítica da atuação das ONGs de defesa de direitos humanos durante a Operação Rio, ler: César Caldeira, "Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica", Política e Cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas, organizado por Elisa Reis, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Peter Fry, Hucitec-ANPOCS, São Paulo: 1996, p. 50-74.

(92) O VIVA RIO, liderado por Rubens César Fernandes, durante o período 95-6, fez críticas pontuais à política de segurança pública – mas, ao contrário do que parece imaginar o gen. Nilton Cerqueira – para posicionar-se mais como parceiro que contestador. Por exemplo, o VIVA RIO defende o policiamento comunitário. A experiência patrocinada pelo VIVA RIO em Copacabana era uma de suas principais propostas, tendo sido, inclusive, levada às autoridades militares antes da Operação Rio no manifesto "O Rio Unido contra a Violência", Cf. FSP; 10.08.94, p.3-3. O general Cerqueira acabou com o experimento porque causava disputa entre os policiais que gostariam de levar uma "vida boa", inclusive com agrados dos membros da comunidade-alvo, e porque retirava combatentes das ações policiais mais imediatas e do controle do trânsito. O policiamento comunitário tinha apoio dos moradores da Zona Sul, ler: FSP, 13.09.95, p. 3-3. O VIVA RIO e o General Cerqueira, ainda como Presidente do Clube Militar, em 1994, foram incentivadores da intervenção federal na questão da criminalidade urbana do Rio, e mobilizaram-se pela Operação Rio. Para um depoimento favorável de Rubem César sobre a ação das Forças Armadas nas favelas, ler: entrevista de Rubem César Fernandes, "A vez da sociedade", Democracia, vol. X, n.º 108, IBASE, Rio de Janeiro: nov.-dez. de 1994, p. 19-20. Por fim, ambos estiveram, e estão, solidários na campanha de desarmamento no Rio.

(93) Esta Comissão conduziu debates – lamentavelmente não disponíveis para consulta de pesquisadores – com os principais operadores públicos e privados diretamente interesssados na questão. Produziu um documento indicando "propostas para a segurança pública do Rio de Janeiro" que constitui um embrião de uma superação da atual política. Mas as forças políticas articuladas na Comissão não tiveram capacidade de publicizar e pressionar pelas políticas enunciadas. A Comissão Mista teve pouca atuação pública durante 1996. Junto ao ISER (Instituto Superior de Estudos Religiosos) vem conduzindo um estudo dos "autos de resistência" registrados na PMRJ entre janeiro de 1993 e março de 1996, que poderá constituir-se numa contribuição na discussão sobre violência policial.

(94) Foram lançados dois números da revista até fevereiro de 1997. Para uma proposta de política de segurança alternativa, representativa da linha da revista, ler: Carlos Magno Nazareth Cerqueira, "Políticas de segurança pública para um estado de direito democrático chamado Brasil", Discursos Sediciosos, ano 1, n.º 2, 2.º sem. de 1996, p. 191-211.

1995 evidencia as ambiguidades e contradições entre os atores políticos e sociais que participam do debate público sobre a questão da segurança.

Em primeiro lugar, o governo estadual afirmava na época que havia reestabelecido controle sobre a violência urbana, o que era desmentido pelos fatos.[95] O Secretário de Segurança ordenava que se destacassem os aspectos positivos das ações policiais, evitando-se críticas às polícias civis e militares[96], principalmente em relação aos insucessos no combate aos seqüestros extorsivos. Naquela conjuntura, imediatamente posterior às ameaças do general Cerqueira de acabar com a Polícia Civil[97], havia um clima de contestação e indisciplina[98] na corporação, além de grande insatisfação salarial.[99] Esses fatores fomentavam uma crise de interna na polícia, que só foi parcialmente contornada quando o governador Marcello Alencar reafirmou sua total confiança política no Secretário de Segurança.[100] Mesmo assim, questão salarial permaneceu na ordem do dia, dando origem, inclusive a uma das propostas mais bizarras do governador para resolver o problema da falta de recursos: o chamado "imposto caça-bandido"[101] a ser co-

(95) Ler: Rubém César Fernandes & Leandro Piquet Carneiro, Criminalidade, Drogas e Perdas Econômicas no Rio de Janeiro, Núcleo de Pesquisas do ISER, Rio de Janeiro, Agosto de 1995. Este estudo argumenta que o declínio da atividade econômica no Rio é anterior ao período em que os índices de violência dispararam na década de 80. E que a recuperação da economia no Rio começou apesar dos dados relativos à criminalidade evidenciarem que crimes de maior especialização e densidade financeira – como roubo de banco, roubo de carga e extorsão mediante seqüestro – terem aumentado no 1.º semestre de 1995 (época que abrange a Operação Rio) em relação ao 1.º semestre de 1994, segundo dados da Polícia Civil do Rio de Janeiro.

Descrição dos Delitos	1º sem.94	1º sem.95	var.
Roubo de banco	114	190	66,7%
Roubo de carga	654	747	14,2%
Extorsão mediante seqüestro	37	61	64,9%

Cf., Fernades & Piquet, op. cit. p. 42. Ver ainda, "Crescem assaltos a banco e sequestros", FSP, 18.08.95, p. 3-3.

(96) Ler, "Secretário veta 'aspecto negativo' da polícia do Rio", FSP, 25.08.95, p. 3-4.

(97) Ler: "Cerqueira já admite acabar com Polícia Civil", JB, 02.08.95, p. 20; "General perde a paciência: se até o final do ano a Polícia Civl não tomar jeito vai acabar", O DIA, 03.08.95, p. 11; "Cerqueira dá ultimato à Polícia Civil", O Globo, 03.08.95, p. 12. É preciso destacar que em dois meses e meio, a Administração do general Cerqueira havia iniciado um número considerável de investigações como parte da "limpeza" na polícia: 87 inquéritos e 174 sindicâncias. Cf. O Globo, 03.08.95, p. 12. Por outro lado, nos primeiros seis meses do governo Marcello Alencar foram exonerados 33 policiais civis subalternos e apenas um delegado. Cf. " Processo de expulsão nunca chega ao fim", JB, 03.08.95, p. 23.

(98) Cf. "Policiais civis se rebelam no Rio", FSP, 04.08.95, p. 3-1; "General é ameaçado ao propor fim de polícia", OESP, 04.08.95, p. C7.

(99) Os policiais esperavam que a promessa de um aumento salarial de 53,6% feita pelo Governador fosse cumprida. Cf. FSP, 04.08.95, p. 3-1.

(100) "Governador não admite que Cerqueira deixe a Secretaria", JB, 07.08.95, p. 13.

(101) "Vem aí o imposto caça-bandido: Marcelo que aumentar a arrecadação para aparelhar a polícia", O DIA, 27.09.95, p. 1; "Marcello que criar imposto para segurança: proposta original prevê cobrança de novo tributo apenas para empresário", JB, 27.09.95, p. 20; "Bancos pagam o caça-bandido: Governador diz que imposto para melhorar a segurança deverá ser cobrado do setor financeiro, o maior beneficiado com as ações policiais", O DIA, 28.09.95, p. 16.

brado apenas de empresários. É também nesse período que é decidida, e começa a ser implementada, a estratégia de premiações de policiais civis por bons serviços, como um mecanismo de pacificação interna.[102]

Em suma, no período que antecede a caminhada Reage Rio, ocorre um esforço deliberado do Secretário de Segurança, e do Chefe da Polícia Civil, em ganhar efetivo controle sobre setores do aparato de segurança[103] e implementar minimamente uma "limpeza". Episódios divulgados pela imprensa sinalizam que esta tarefa era (e continua a ser) muito difícil, sendo que importantes aliados na Polícia Civil talvez tenham sido alijados.[104] Este tipo de problema interno na área estadual pode ter incentivado uma postura que encarava campanhas e mobilizações como potencialmente hostis e desestabilizadoras para chefias institucionais. Porém, havia simultaneamente interesse governamental[105] em obter apoio na opinião pública para legitimar sua política de segurança pública. Para as autoridades estaduais era preciso avaliar se a campanha do Reage Rio, seria percebida como uma colaboração social com o governo ou como uma contestação da sua política. Mais precisamente, as questões principais seriam como a campanha abordaria (ou omitiria) a violência policial contra os segmentos pobres e favelados da população, a participação criminosa de policiais em seqüestros e outros delitos, e a corrupção policial . Na reta final de organização da caminhada, o Governador passou a criticar o evento, e particularmente, os seus organizadores como o Viva Rio.[106] A partir da descoberta de um esconderijo de cocaína na Fábrica de Esperança, projeto patrocinado pelo Viva Rio, cinco dias antes da caminhada, as autoridades passaram a sugerir a conivência das ONGs com o narcotráfico.[107]

Em segundo lugar, o Presidente Fernando Henrique contribuiu também para a mobilização do Reage Rio. Mostrou apoio à iniciativa, recebeu seus organizadores e prometeu recursos espe-

(102) Cf., FSP, 18.08.95, p. 3-3. Ler, ainda, "Promoções vão beneficiar 250 policiais civis", O Globo, Rio, 17.11.95. p. 16.

(103) Entre as crises da conjuntura, houve a demissão pelo governador do diretor do CISP (Centro de Inteligência da Secretaria de Segurança), coronel Sérgio Krau, ler: "Marcello demite assessor de Cerqueira", JB, 15.08.95, p. 20.

(104) Sobre as sucessivas crises e demissões na Corregedoria da Polícia Civil, ler: "Briga com Luz afasta corregedor de polícia: desgastado, Manoel Vidal se reuniu com Cerqueira, pediu férias e avisou que não voltará ao cargo na cúpula da Polícia Civil", JB, 16.10.95, p. 24; "Corregedor de Polícia briga com Luz e pede demissão: subcorregedor Mário Covas também deixará o cargo se pedido de Luiz Gonzaga for aceito, abrindo nova crise na instituição", JB, 13.11.95, p. 13; "Cerqueira contorna a crise", JB, 14.11.95, p. 20; "Gonzaga assume cargo de cúpula na Segurança", JB, 21.11.95, p. 23. Ver, ainda, "Secretária, pivô da crise na polícia", JB, 27.11.95, p. 16.

(105) O governo estadual colaborou efetivamente para que a caminhada Reage Rio fosse bem sucedida, inclusive liberando seus servidores do trabalho antes do evento, e oferecendo transporte gratuito no metrô, trens suburbanos e nas barcas da Baía de Guanabara. Cf. FSP, 28.11.95, p. 3-1.

(106) Cf. "Marcello ataca Reage Rio", JB, 24.11.95, p. 23; "Governador é contra a passeata", FSP, 26/11/95, p. 3-1.

(107) "Cocaína na Fábrica da Esperança", O Globo, 24.11.95, Rio, p. 18; "Cocaína abala Esperança", JB, 24.11.95, p. 22; "Fábrica de Esperança pode ser fechada", JB, 25.11.95, p. 1; "ONGs sofrerão devassa", JB, 27.11.95, p. 16; "Cocaína: polícia acredita em conivência", O Globo, Rio: 30.11.95, p. 16.

ciais para combater a violência no Rio de Janeiro[108]. A federalização da questão da segurança no Rio é um aspecto bastante importante na discussão pública[109]. Em parte, devido à Operação Rio, o envolvimento direto de forças militares na segurança pública interna já havia evidenciado o interesse federal no problema. Além disso, as elites cariocas sempre apontaram a ineficácia da Polícia Federal no combate ao tráfico internacional de drogas e contrabando de armas no Rio,[110] principalmente pelo aeroporto do Galeão. Isto sem contar que a PF é tida como uma instituição marcada pela corrupção.[111]

Em terceiro lugar, os organizadores da caminhada Reage Rio eram bastante heterogêneos. Entre os grupos que lideraram publicamente a mobilização destacaram-se os dirigentes de ONGs (como Rubem César, Betinho e o pastor Caio Fábio), e os empresários (como donos de jornais, publicitários, dirigentes de associações empresariais).

Pela perspectiva de Rubem César, o evento seria "um imenso desabafo do Rio de Janeiro". E teria dois temas centrais para o dia seguinte: "integração da favela à cidade e reforma da polícia".[112]

Do ponto de vista dos empresários, especialmente os proprietários dos jornais[113], a caminhada foi interpretada como um protesto contra a "onda de seqüestros"[114] e uma reivindicação de

(108) Ler: "FH antecipa verba para o Rio: Presidente dará apoio formal à luta contra a violência no estado, antecipando um programa especial para reforçar a segurança", JB, 16.11.95, p. 16; "Reage Rio ganha apoio de FH", JB, 15.11.95, p. 1.

(109) Veja neste sentido a Carta do Rio, preparada pela Associação Comercial do Rio de Janeiro, onde se encontram propostas para uma Política Nacional de Segurança Pública. O resumo do seminário internacional "Violência Urbana: o desafio das grandes cidades", no qual se encontra o referido documento, está em encarte especial em: O Globo, 15.12.95. Veja, mais precisamente, o artigo de Humberto Mota, Presidente da Associaição Comercial, ao convocar para a caminhada: "A opção pela paz", 20.11.95, p.16.

(110) Quanto à ineficácia da ação da PF no combate ao contrabando de armas, ler a crítica feita pelo Secretário de Segurança Pública: "Críticas à Polícia Federal", JB, 26.04.95, p. 18. No final de 1996, a atuação da PF parece um pouco mais positiva segundo a imprensa, ler: "Repressão reduz tráfico no aeroporto", JB, 02.09.96, p. 17. Para uma análise da atuação da PF durante a Operação Rio , ler: Cesar Caldeira, "Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica", Política e Cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas, organizado por Elisa Reis, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Peter Fry, Hucitec-ANPOCS, São Paulo: 1996, p. 50-74.

(111) Ler: "Polícia Federal exonera superintendente: delegado do Rio teria sido omisso em suposta extorsão de brasileiros com contas bancárias ilegais nos EUA", FSP, 28.06.95, p. 3-3; "Fuga de traficantes da PF custou R$ 70 mil", JB, 25.08.95, p. 18.

(112) Cf. Entrevista de Rubem César Fernandes, JB, 26.11.95, p. 14. Ler ainda, "A caminhada é um basta", O Globo, 17.11.95, p. 14. Ver ainda, "VIVA RIO tem propostas", JB, 28.11.95, p. 19.

(113) O jornal O Globo usou no período a figura de uma pessoa armada, com a legenda "seqüestro", para referenciar as notícias sobre o Reage Rio. Cf, p.ex., a edição do dia da caminhada, O Globo, 28.11.95.

(114) Dentre os seqüestrados mais importantes do período estavam o filho do Presidente da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN),o estudante Eduardo Eugênio Gouvêa Vieira Filho e o empresário José Zeno, seqüestrado no Condomínio Novo Leblon, na Barra da Tijuca. Nesta época da caminhada do Reage Rio

maior proteção policial e repressão aos narcotraficantes nos morros e favelas.[115]

Esta discrepância de significados para a caminhada pela Paz entre dois dos principais grupos organizadores evidencia os próprios limites aliança mobilizadora. Perante a divergência de agendas, o que se tornou ponto comum foi a demanda por mais recursos, que afinal virou slogan da passeata: "Um milhão de pessoas por um bilhão de reais".[116]

Em quarto lugar, entre aqueles que criticaram a caminhada Reage Rio, além do Governador, destacaram-se o Prefeito Cesar Maia[117] que afirmou que o ato provocava expectativa e depois frustração pela impossibilidade de viabilizar os pleitos, e a CUT-RJ que cunhou a expressão Reage Rico para designar a caminhada.

4.2 Reage Rio e os seqüestros extorsivos

A caminhada de 28 de novembro focalizou a atenção dos meios de comunicação de massa e da opinião pública no combate aos seqüestros transformando-os numa prioridade política indiscutível para as autoridades governamentais, em particular, da área de segurança. Tornou-se urgente obter sucesso em termos de prisão de supostos seqüestradores. Mas, a mobilização do Reage Rio impulsionou também os ímpetos reformistas em relação às polícias estaduais. Por outro lado, o governo estadual passou a fustigar mais sistematicamente as ONGs, principalmente, o VIVA RIO[118] questionando sua liderança e atuação. Em resumo, as autoridades acolheram como significado da caminhada a demanda prioritária por mais vigorosa ação policial contra traficantes e seqüestradores nas favelas e morros. Reformas nas polícias precisariam ser realizadas para torná-las mais eficazes no combate a esses criminosos.

Não foi incorporada a demanda de uma agenda social visando superar a "cidade partida" ou de se repensar qual a polícia e política de segurança pública que a sociedade civil quer. Essas discussões fundamentais parecem adiadas até a próxima grande crise, ou restrita a pequenos grupos de estudiosos e pesquisadores.[119]

a imprensa divulgava o crescente número de seqüestros, mesmo em relação à Administração brizolista anterior, ler: "Seqüestro cresce 23% no Rio em 95: estudo indica que cidade está mais violenta este ano; roubo a banco teve maior elevação, de 89%", FSP, 13.11.95, p. 3-1.

(115) Para um argumento sobre o significado da caminhada semelhante à este apresentado, ler: Márcia Pereira Leite, "Da metáfora da guerra à mobilização pela paz: temas e imagens do `Reage Rio`", mimeo. , trabalho apresentado GT 01: Cidadania, conflito e transformações urbanas, no XX Encontro da ANPOCS, Caxambu, 1996.

(116) Ler: "Passeata pede R$1 bi para o Rio: metade do dinheiro virá de banco internacional , outra metade depende do governo e de empresas", FSP, 27.11.95, p. 3-1; Cf. O Globo, 18.11.95, Rio, p. 19.

(117) Cf. "César tenta ligar pastor e Betinho a políticos", O Globo, 30.11.95, Rio, p. 14.

(118) Cf. "Marcinho VP pede ajuda ao VIVA RIO", JB, 18.05.96, p. 23; "ONG contesta as acusações de Cerqueira", JB, 24.05.96, p. 18; "VIVA RIO decide processar Cerqueira", JB, 25.05.96, p. 24; "Cerqueira volta a atacar ONGs", JB, 20.09.96, p. 28.

(119) O Instituto Superior de Estudos Religiosos (ISER) passou a promover um seminário intitulado "Lei e Liberdade" a partir do segundo semestre de 1995, e que funcionou durante todo o ano de 1996, dedicado a discutir pesquisas e propostas de reformas na área de segurança pública. O resumo das apresentações feitas estão publicadas nas "Comunicações do ISER", Rio de Janeiro. Outro evento acadêmico marcante para discussão entre pesquisa-

Porém, a incorporação das demandas empresariais de resultados na atuação policial serviu para fortalecer o secretário de Segurança, general Cerqueira e o Chefe de Polícia Civil, Hélio Luz que ao longo de 1996 conseguiram remanejar pessoal e retirar obstáculos internos à implementação da política de segurança pública[120]. Houve centralização de poder decisório[121] e o orçamento da Secretaria de Segurança – o terceiro maior do Estado – cresceu.[122] A exigência de "mostrar serviço" para obter premiações e promoções influiu no número crescente de prisões, que já parece ter esgotado o espaço nos presídios e delegacias[123]. Tentou-se também acabar com os aspectos mais públicos e notáveis de impunidade policial; ou seja, havendo escândalo, consegue-se punições. A partir dos seus próprios objetivos, a política de segurança implementada foi bem sucedida[124].

O quadro geral, no entanto, mudou pouco. O combate ao tráfico de drogas e a seqüestradores se dá nas favelas e morros.[125] Na Zona Sul do Rio compra-se drogas sem dificuldades com flanelinhas, camelôs,[126] e outros que suprem o mercado consumidor de classe média alta.[127] O jogo do bicho permaneceu fun-

dores foi o Ciclo de Debates Cidadania e Violência, organizado pela Copea / UFRJ em 1996. Para o registro deste Ciclo e seus debates, ler: Cidadania e Violência,, (orgs.) Gilberto Velho e Marcos Alvito, Editora UFRJ/Editora FGV, RJ, 1996.

(120) Várias crises ocorreram e foram superadas em 1996. Dentre elas destaca-se a de março de 1996, em que o Chefe de Polícia Hélio Luz chegou a pedir exoneração do cargo. Nessa crise desgastante pareceu evidente que a manutenção de Luz , apesar de todos os conflitos criados por suas reivindicações que incluiam aumentos salarias para policiais, era um recurso político importante para a área de segurança. Ler a respeito: "Salário faz Hélio Luz pedir demissão", FSP, 08.03.96, p. 3-1; "Hélio Luz fica e ganha mais força na Polícia", 09.03.96, p. 1-12; "Luz permanece no cargo", JB, 12.03.96, p. 15.

(121) Ler, por exemplo, sobre a mudança do inspetor-geral da Secretaria de Segurança Pública, em que prevaleceu a indicação de uma pessoa de confiança do Chefe de Polícia: JB, 17.07.96, p. 23; JB, 18.07.96, p. 28. Para a modificação da estrutura da Polícia Civil do Rio, ler: FSP, 05.12.95, p. 3-3.

(122) Em 1995, a Secretaria, dividida em Polícia Militar e Civil obteve 668 milhões de reais; em 1996, o orçamento unificado foi de 1,4 bilhão de reais ; em 1997, é de 1,5 bilhão de reais. Cf. Jornal do Commercio, 13.12.96, p. A-2.

(123) Segundo o Chefe de Polícia Hélio Luz o seu maior problema são os "6,3 mil presos que temos em delegacias dos quais 3 mil estão condenados. As condições são péssimas. Haveria espaço para, no máximo, 2,5 mil presos. Eles se revezam para dormir, por falta de espaço. Tem gente que dorme de pé amarrada na grade. A Polícia Civil existe para investigar, mas grande parte de nossa capacidade de trabalho fica empatada em funções de guarda". Entrevista com Hélio Luz, Atenção, n. 5, 1996, p. 61.

(124) Num momento de júbilo, o secretário de Segurança Nilton Cerqueira já chegou a dizer que resolveu o problema de segurança do Rio, com a prisãos dos grandes chefões do tráfico de drogas. Cf. "Cerqueira diz que resolveu segurança", JB, 08.01.97, p. 20.

(125) As prisões constantes de traficantes pela polícia no período levou a uma mudança no perfil das quadrilhas. Segundo a polícia, houve crescimento em 50% de adolescentes e mulheres no comando das gangues. Cf. "Sucessão disputada a tiros no tráfico", O Globo, Rio, 16.02.97, p. 25

(126) "Camelô no Rio já vende cocaína", JB, 17.09.95, p. 1-29.

(127) "Traficante vende cocaína até em igreja da Zona Sul", O DIA, 25.09.95, p. 1; "PM fecha os olhos para o brilho de Ipanema: número de flagantes é muito

cionando regularmente durante todo o período, inclusive quando toda a cúpula delinqüente estava encarcerada.[128] Em 1997, os bicheiros que lideram o setor mais organizado do crime carioca retomaram o controle do Carnaval.[129] Áreas da cidade continuam a existir em que correios e coletores de lixo, por exemplo, não tem acesso porque os traficantes não permitem.[130] Seguranças particulares, predominantemente vinculados à empresas de segurança clandestinas, continuam a proliferar por toda a cidade,[131] sinalizando um processo de privatização da segurança. Armas, cada vez mais sofisticadas[132], são empunhadas por narcotraficantes.

Por fim, deve-se insistir neste ponto: não surgiram ainda na agenda pública carioca alternativas substantivas de políticas de segurança pública com maior articulação social e apelo popular. Mesmo o VIVA RIO, que foi duramente criticado pelos governantes estaduais e municipais, elenca como medidas para "integrar a cidade partida"[133] basicamente programas sociais oficiais do Estado (Baixada Viva, Centros Comunitários de Defesa da Cidadania), do município

maior nas áreas pobres da cidade", O DIA, 23/09/95, p. 1; "A elite e as drogas: a clientela 'vip' muda perfil do tráfico do Rio", JB 20.12.95, p. 20. O chefe da Polícia Civil admitiu que : "A polícia só atua na faixa que ganha até mil reais. Não consegue mexer com quem lava dinheiro do tráfico e do bicho", Cf. O DIA, 27.07.95, p. 13. Ler ainda: "Polícia só prende quem é pobre", O DIA, 27.07.95, pp. 1-13.

(128) Os últimos banqueiros do bicho condenados por formação de quadrilha pela juíza Denise Frossard em sentença histórica de 1993, deixaram a cadeia no final de 1996. Cf. "Nenhum bicheiro preso", JB, 18.12.96, p. 21.

(129) "O bicho refaz seu bloco na avenida", JB, 12.02.97, p. 1-11. Ler ainda, "Bicho financia os seqüestros e o tráfico", entrevista com o jurista João Marcelo de Araújo Jr., O GLOBO, Rio, 20.11.95, p. 15.

(130) Cf. "Violência impede acesso a serviços", FSP, 16.02.97, pp. 3 – 1, 2.

(131) Cresceu o número de seguranças particulares como um todo, mas o crescimento dos serviços de segurança clandestinos diminuiu em 23% o número vigilantes de empresas legalizadas no Rio no período 1992-96. Em 1992, haviam cerca de 60 mil vigilantes registrados em 60 empresas credenciadas pela Polícia Federal. Em 1996, existiam 50 mil seguranças particulares, vinculados à 108 empresas legalizadas. O crescimento do número de empresas legalizadas deve-se, em parte, à pressão do Sindicato de empresas de Segurança do Estado do Rio que fez 195 denúncias de empresas clandestinas só em 1995.. Mas o número de seguranças clandestinos cresceu muito mais: estima-se que 100 mil seguranças clandestinos atuavam no Rio em 1996, principalmente em casas de espetáculo, bares, boates, condomínios e ruas da zona sul. Cf. "Contratações legais caem 23% no Rio", FSP, 17.03.96, p. 3-2. Ver ainda, denúncia de venda de proteção particular através de um telefone do 2.° Batalhão da PM feita pelo Jornal do Brasil, nas reportagens dos dias 15.09 e 16.09.96. Sessenta por cento dos policiais entrevistados pela INFOGLOBO, declararam na pesquisa que tem segundo emprego nas horas vagas. Desses, 54, 6% são seguranças, aproveitando-se da carteira e da arma dadas pela instituição. Cf. "A corrupção no cotidiano da Polícia", O Globo, 24.03.96, Rio, p. 18.

(132) Sobre o fluxo de armas para o Rio, ler: "Rio é o maior comprador de armas no mercado negro", O Globo,18.09.96, p. 1; 17-8; "Armas: Governo cobra informações de general", O Globo, 09.09.96, p. 1-16.

Sobre as armas sofisticadas que são usadas no Rio, ler: FSP, 05.01.97, p. 3-3.

(133) Cf. Ler: Rubém César Fernandes & Leandro Piquet Carneiro, Criminalidade, Drogas e Perdas Econômicas no Rio de Janeiro, Núcleo de Pesquisas do ISER, Rio de Janeiro, Agosto de 1995. p. 54.

(Favela-Bairro) e do governo federal (Comunidade Solidária).

5. Seqüestros extorsivos no Rio: 1995-96

5.1 História recente dos seqüestros [134]

O seqüestro *político* do embaixador norte-americano Charles Burke Elbrick no dia 4 de setembro de 1969 [135] é um marco na história dessa prática delituosa no Rio . Duas organizações de esquerda – o MR-8 e a ALN – seqüestraram o embaixador e exigiram a libertação de opositores do regime militar. Dois dias depois, 15 presos políticos saíram do País. O embaixador foi solto no dia seguinte.

Na década de oitenta, o número de seqüestros no estado do Rio de Janeiro aumentou consideravelmente: foram *24* casos de extorsão mediante seqüestro.[136]

(134) Uma versão condensada e cobrindo um período diferente de seqüestros extorsivos (01.01.95 – 31.05.96) desse texto foi publicada na revista Archè, ano V, n.º 13, 1996, p.101-125 com o título "Seqüestros no Rio". O presente texto foi reescrito ou revisto. Foram também refeitas tabelas, excluídas as anteriormente publicadas.

(135) No ano seguinte, o embaixador da então Alemanha Ocidental, Ehrenfield von Holleben, foi também seqüestrado por razões políticas no Rio de Janeiro. A década de 70 não é, entretanto, marcada por numerosos seqüestros extorsivos. Estão fora do escopo do presente artigo os seqüestros praticados por autoridades policiais e militares contra adversários políticos do regime militar, realizados principalmente após o Ato Institucional 5 de 13 de dezembro de 1968.

(136) É crime contra o *patrimônio* previsto no Código Penal brasileiro no art. 159. Corresponde ao vocábulo inglês kidnapping. Não deve ser confundido com rapto, termo que, em linguagem jurídica, só se refere ao seqüestro para fins libidinosos. Estes seqüestros não têm mais fundo ideológico e político. São seqüestros *com intuito de lucro.*

Código Penal, art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1.º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e multa.

§ 2.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa.

§ 3.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.

Atenção: O Presidente Fernando Henrique sancionou no dia 2.04.1996 uma lei que reduz de um a dois terços a pena do cúmplice de seqüestro que denunciar o crime, facilitando a libertação do seqüestrado. A lei, cujo projeto foi do ex-senador Francisco Rollemberg (PFL-SE) entrou em vigor alterando o artigo 159 do Código Penal.

A Lei 8.930 de 06.09.1994, que dá nova redação ao art. 1.º da Lei 8.072 de 25.07.1990. que dispõe sobre os *crimes hediondos*, reafirma que *extorsão mediante seqüestro, e na forma qualificada* é considerado *crime hediondo*. A Lei 8.072/90 havia introduzido duas modificações básicas ao art. 159 do Código Penal: a) agravamento do mínimo legal, com referencia à pena privativa de liberdade, quer no tocante ao crime básico, quer no que tange às suas formas qualificadas. b) exclusão da pena pecuniária. Ficou a seguinte redação:

Art. 159 – ...

Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1.º – ...

Pena – reclusão de doze a vinte anos.

Apesar do crescimento dos seqüestros no Estado do Rio, este número era ainda *inferior ao total do Estado de São Paulo: 38 casos de seqüestro na década de oitenta.*



fonte: Gomes 1993[137]

Dez anos atrás, o estado de São Paulo tinha 9 entre os 12 doze seqüestros

§ 2.º ...

Pena – reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3.º ...

Pena – reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

Observe-se que a exclusão da pena de multa, deu origem a uma regra penal mais favorável que tem aplicação retroativa. Assim, a pena pecuniária não poderá ser aplicada aos seqüestros extorsivos aplicados praticados antes da Lei 8.072/90 e ainda não julgados, nem poderá ser executada se já tiver sido aplicada. Cf. Alberto Silva Franco. *Crimes Hediondos.* 3ª edição, revista e aumentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 268.

A Constituição de 1988 faz restrições, no art. 5.º, XLIII, a direitos e garantias que ela própria afirma ao estabelecer que " a lei considerará *inafiançáveis* e *insuscetíveis* de *graça* ou *anistia* a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como *crimes hediondos*, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, *podendo evitá-los, se omitirem.*" A Constituição afirma que serão alcançados pela Lei dos Crimes Hediondos, os autores e todos os que concorrerem, por ação e *por omissão*, para a prática desses delitos. Mas o texto usa uma noção de *omissão* muito ampla para ser penalmente relevante. "Esse "poder fazer algo", que não foi feito, para evitar a prática delituosa só terá interesse, de conotação penal, quando é também imposto ao omitente, o "dever fazer algo" para obstar a concretização delituosa. A omissão só tem relevância penal quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado ou de uma situação de ingerência, em obstar o advento do resultado típico. Só, portanto, nas hipóteses fáticas em que cabia, ao omitente, com base nas fontes geradoras de um especial dever de agir, o papel de garante do bem jurídico, é que se pode vislumbrar, no seu procedimento, uma omissão criminosa" Alberto Silva Franco, obra supra citada, p.31.

A Lei 8.072/90 estabelece que os *crimes hediondos* são *insuscetíveis de anistia, graça e indulto* (art. 2.º, I) e de *fiança e liberdade provisória* (art. 2.º). A pena por "extorsão mediante seqüestro" será cumprida *integralmente em regime fechado* (art. 2.º, § 1.º) e em *presídio de segurança máxima* (art. 3.º).

Jurisprudência:

a) "A efetiva obtenção do benefício ou proveito, neste como no crime de extorsão simples, é irrelevante para a configuração jurídica da infração penal, podendo apenas, ser considerada como medida da pena" (JTACrim 81/501).

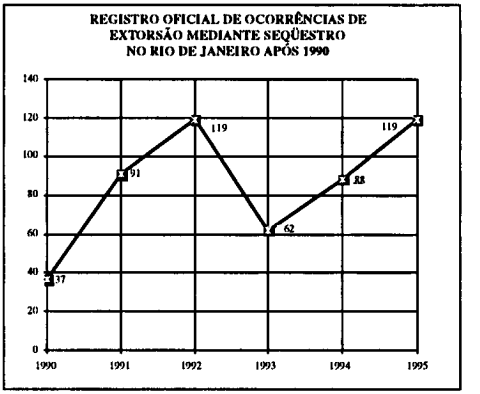
b) "A extorsão mediante seqüestro é crime pluriofensivo, uma vez que envolve ofensa à liberdade individual e ao patrimônio. Consuma-se, porém, com a efetivação do seqüestro, independentemente da obtenção da vantagem indevida. Trata-se de crime permanente, iniciando-se a execução com o seqüestro"(RT 595/374).

(137) Tabela criada a partir dos dados apresentados em: Gomes, José Carlos. *Seqüestro e Vitimização.* Monografia defendida no Curso Superior de Polícia (CSP). São Paulo, 1993.

registrados no Brasil.[138] Em 1989[139] ocorreu o pico da onda de seqüestros na década de 80: registraram-se 40 seqüestros. É neste ano que, no Rio de Janeiro, surge a chamada "indústria de seqüestros" (15 casos). Em 1988/89 se deu também uma difusão dos seqüestros por outros estados da federação brasileira, principalmente na Bahia (6), Minas Gerais (4) e Paraná (4).

Na década de 80, foram registrados 94 casos de seqüestros extorsivos: quarenta por cento deles ocorreram no estado de São Paulo e vinte e seis por cento no Rio. No entanto, o fato é que na década seguinte a " indústria dos seqüestros" veio a se instalar no estado do Rio de Janeiro, devido a fatores que ainda carecem de estudo adequado, não tendo a mesma prosperado na primeira parte da década de 90 em São Paulo.

Na década de noventa ocorre uma *escalada* de ocorrências de seqüestros no estado do Rio de Janeiro. Entre 1990 e 1995, foram oficialmente registradas *479 ocorrências* de extorsão mediante seqüestro.



fonte: Secretaria de Estado de Segurança Pública-SESP, Chefia de Polícia Civil

Entre 1991 e 92,[140] dois primeiros anos da administração Brizola, ocorre um aumento acelerado de seqüestros acumulando-se 119 casos só em 1992. Ou seja, em um ano apenas, um acúmulo maior de casos que em toda a década passada em todo o Brasil. Em 1993, há uma queda para um patamar ainda elevado – 62 casos, quer dizer, em média cinco seqüestros por mês. E, no último ano da Administração, que sofreu uma intervenção "branca" na área de segurança pelo governo federal (a Operação Rio), os seqüestros continuaram a crescer.

Em 1995, na Administração Marcello Alencar – apoiada pelo governo federal do correligionário tucano Fernando

(138) O Governador paulista era Orestes Quércia – PMDB e o Presidente da República José Sarney. O Congresso Constituinte elaborava a atual Constituição. Na economia ainda repercutia o plano Cruzado II até que o min. da Fazenda Dilson Funaro passasse o cargo para Bresser Pereira.

(139) Foi o primeiro ano da Constituição promulgada em 05.10.1988. A chamada "Constituição cidadã", na expressão de Ulysses Guimarães, previa no art. 5.°, XLIII a posterior regulamentação dos *crimes hediondos*, entre os quais figurou afinal a "extorsão mediante sequestro", uma prática delituosa em constante ascenso durante a década, conforme mostram as tabelas. Em 1989, era governador fluminense, Moreira Franco (PMDB) (1987-90).

(140) Durante a segunda administração de Leonel Brizola (1991-94). No governo federal, estava inicialmente Fernando Collor (1990-92), e depois do seu "impeachment", o Vice-Presidente Itamar Franco, que patrocinou o convênio "Operação Rio". A respeito, ler: Cesar Caldeira, " Segurança Pública e Cidadania: as instituições e suas funções no Brasil Pós-Constituinte", Revista Archè Interdisciplinar, n. 9, Faculdades Integradas Candido Mendes – Ipanema, Rio de janeiro, 1995.

Henrique Cardoso e pela atuação das forças armadas nas questões de segurança interna do Rio – os seqüestros extorsivos atingiram o mesmo pico da Administração brizolista – 119 casos. Até 16 de dezembro de 1996, *65* pessoas haviam sido reconhecidas como seqüestradas no Rio, segundo a Divisão Anti-Seqüestro[141].

5.2 Seqüestros no Rio: a justificativa do levantamento de dados

Durante a feitura de um trabalho sobre a chamada *Operação Rio*[142] procurei estudos que abordassem a chamada "indústria de seqüestros" no Rio de Janeiro. Um dos raros estudos sociológicos sobre seqüestros na sociedade brasileira encontrado foi feito por um pesquisador ligado ao NEV/USP, Glauber Silva de Carvalho.[143] Mas para participar da discussão sobre aspectos jurídicos do "crime organizado" – uma categoria nova no direito positivo brasileiro[144] que vem gerando muitas polêmicas[145] - precisava de informações mais precisas sobre o novo padrão de criminalidade *no Rio*. Mais ainda, para se fazer um exame

(141) JB, 17.12.96, p. 22. É muito importante frisar que as estatísticas oficiais citadas sobre seqüestros nos jornais frequentemente são contraditórias. Para constatar rapidamente este fato, ver: JB, 06.02.95, p. 12; JB, 26.10.95, p. 1; O Globo, 26.10.95, Rio, p. 19.

(142) Cesar Caldeira, "Operação Rio e cidadania: as tensões entre o combate à criminalidade e a ordem jurídica", Política e Cultura: visões do passado e perspectivas contemporâneas, organizado por Elisa Reis, Maria Hermínia Tavares de Almeida e Peter Fry, Hucitec-ANPOCS, São Paulo, 1996, pp. 50-74.

(143) Sob o domínio do medo: os seqüestros na sociedade brasileira (1985-90). Trabalho de iniciação científica orientado pelo Prof. Dr. Sérgio Adorno. Relatório final de pesquisa. Maio de 1994. Uma versão condensada do texto encontra-se em: "Sob o domínio do medo: os seqüestros na sociedade brasileira (1985-90)", Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.° 14, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, abril-junho 1996, pp. 321-341. Ver ainda: "Algumas considerações dobre o seqüestro no Brasil", Os Direitos Humanos no Brasil, 95. USP – Núcleo de Estudos da Violência e Comissão Teotônio Vilela. São Paulo, 1995. Para uma visão de um especialista da polícia militar de São Paulo sobre o assunto, ler: Wanderley Mascarenhas de Souza. Radiografia do Seqüestro. São Paulo, Editora Ícone, 1993.

(144) Geraldo Prado e William Douglas. Comentários à lei contra o crime organizado, Belo Horizonte, Del Rey, 1995; Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini. Crime organizado: enfoques criminológico e jurídico (lei 9.034/95), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995; Antonio Sacarance Fernandes. "Crime organizado e a legislaçãobrasileira", O Crime Organizado (Itália e Brasil) A Modernização da Lei Penal (org.) Jaques de Camargo Penteado, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995

(145) "Mesa Redonda sobre Crime Organizado", realizada no XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, setembro de 1994, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, out.-dez., 1994, p. 143-58; Eugenio Raúl Zaffaroni. " Crime Organizado: uma categorização frustrada", Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, n. 1, 1.° semestre de 1996, p. 45-68; Ademar Ferreira Maciel "Observações sobre a Lei de Repressão ao Crime Organizado", Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.° 12, out.-dez., 1995, p. 93-100; Damásio E. de Jesus. "Diagnóstico de Legislação Criminal Brasileira: crítica e sugestões", Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 12, out.-dez., 1995, p. 108-117; Willian de Oliveira Terra. "Inovação Legislativa em Matéria Penal: uma delicada solução no combate ao delito", Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 12, out.-dez., 1995, p. 201-205.

crítico das opções de política de segurança pública são necessárias mais informações sobre as práticas delituosas realmente existentes.[146]

Assim surgiu a idéia de montar bancos de dados informatizado e georeferenciado sobre os vários delitos que aparecem comumente associados às organizações criminosas. O levantamento sobre seqüestros é *apenas uma das práticas delituosas que precisa ser mais sistematicamente examinada.*

Este levantamento preliminar partiu das notícias sobre *seqüestros extorsivos* publicadas em três jornais cariocas (O GLOBO, JORNAL do BRASIL e O DIA), dois jornais paulistas (O ESTADO DE SÃO PAULO e a FOLHA DE SÃO PAULO) e duas revistas nacionais (VEJA e ISTOÉ) [147] num *período de 17 meses (01.01.1995 até 31.12.1996).* O objetivo básico do levantamento está em obter dados *não oficiais* que possibilitem 1. contextualizar as práticas delituosas e as respostas institucionais, e; 2. contrastar, numa etapa posterior do estudo, esses dados não oficiais com as estatísticas e documentos produzidos oficialmente.

Seqüestro extorsivo é crime de ação pública incondicionada.[148] A autoridade policial dele tomando conhecimento deve instaurar o inquérito policial (art. 5.º do CPP). A *notitia criminis (o fato infringente da norma)* publicada no jornal é notícia do crime de "cognição imediata".[149] Cabe à autoridade, portanto, o dever jurídico de fazer as investigações para apurar o fato infringente da norma e sua autoria, e isto, por iniciativa própria, sem qualquer solicitação nesse sentido, de ofício.[150]

5.3 Resultados preliminares do levantamento sobre seqüestros extorsivos no estado do Rio de Janeiro: 01.01.1995 a 31.12.1996

No período de dois anos do levantamento foram noticiados 188 ocorrências de seqüestros extorsivos na imprensa. Note-se, de início, que o presente levantamento exibe um *número menor de casos* que aquele reconhecido oficialmente pelas autoridades policiais. Em 1995, foram encontrados 102 casos na imprensa. Menos, portanto, que os 119

(146) Para uma visão geral da política criminal no Brasil, ver: Wanda de Lemos Capeller. L´ engrenage de la répression: stratégies sécuritaires et politiques criminelles. Librairie général de droit et de jurisprudence (L.G.D.J), Paris, 1995.

(147) Este levantamento foi efetuado com a participação de alunos de duas Faculdades de Direito cariocas: da Candido Mendes-Ipanema e da Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO). A informatização e sistematização dos dados coletados só foi possível pela colaboração inestimável do Professor Carlos Dörner da Faculdade de Direito Candido Mendes-Ipanema, que trouxe ainda observações valiosas para a análise dos dados. A responsabilidade sobre os eventuais equívocos de interpretação neste projeto é apenas do Autor .

(148) Sendo crime de *ação pública incondicionada* – aquele cuja propositura da ação pelo órgão do Ministério Público independe de qualquer condição – a autoridade policial dele tomando conhecimento deve instaurar o inquérito. Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, *vol. 1.* São Paulo, Saraiva, 1984, p. 193-94.

(149) Segundo Tourinho Filho, a notícia do crime de "cognição imediata" ocorre quando a Autoridade Policial toma conhecimento do fato infringente da norma por meio das suas atividades rotineiras: ou porque o jornal publicou a respeito, ou porque um dos seus agentes lhe levou ao conhecimento, ou porque soube por intermédio da vítima, etc. Cf. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal, *v. 1.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193.

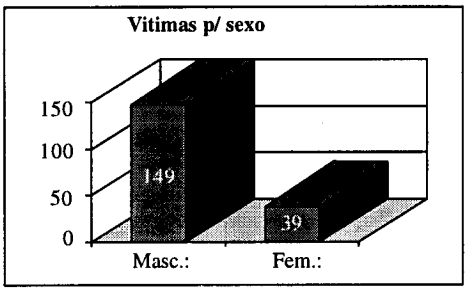
(150) Ver Tourinho Filho, nota supra citada, p. 194.

seqüestros que a Secretaria de Segurança divulgou. [151] Em 1996, foram colhidos 63 ocorrências de seqüestros na imprensa: portanto, um total um pouco menor do que reconhece o DAS oficialmente.[152] A imprensa aparentemente não exagerou no número de casos; e talvez tenha até omitido alguns seqüestros.

O acompanhamento da imprensa é bastante seletivo – dando ênfase aos casos que envolvem grandes empresários e notáveis – e parcial, em relação aos seqüestros de bagatela ou de indivíduos de menos projeção social. Além disso, mesmo a própria polícia estima que 33% dos casos não foram comunicados às delegacias[153]. Tudo isso nos leva a concluir que *o número de seqüestros realmente ocorridos no Rio deve ser bem mais elevado.* Por outro lado, é através da imprensa que a opinião pública informada toma conhecimento dos seqüestros e forma, em parte, sua imagem deles.

5.4 Vítimas de seqüestros extorsivos

O perfil das vítimas no período do levantamento é o seguinte:



(151) A Divisão Anti-Seqüestro tem divulgado para a imprensa o número de 106 sequestros no ano de 1995. Cf. Jornal do Commércio, 14.08.96, p. A-12.

(152) Sessenta e cinco casos até 16 de dezembro de 1996. Cf. JB, 17.12.96, p. 22.

(153) "Crescem seqüestros não registrados no Rio", FSP, 01.11.95, p. 3-3. Segundo estimativa da polícia, a média de casos não comunicados era de 25% em 1994.

A proporção de seqüestrados do sexo masculino é de cerca de 79 por cento.[154] A observação básica é de que, aproximadamente, quatro em cada cinco seqüestrados são homens (V. Tabela 4).

Neste período estudado em 41 casos dos 188, não havia a idade da vítima na notícia. Dentre os casos restantes, a faixa etária maior risco é a dos 31 aos 40 anos, com 31 ocorrências. Logo em seguida, vem a faixa dos 21 aos 30 anos, com 29 vítimas.[155] Ocorreram seqüestros de 14 pessoas com menos de dezoito anos de idade.

Verifica-se que o "seqüestrável" na faixa de 41 a 50 anos é menos freqüentemente atingido: 19 casos. Isto pode surpreender quem esperava que o empresário financeiramente consolidado na faixa de quarenta anos fosse o alvo preferencial dos seqüestradores (V. Tabela 5).

Quanto ao perfil da vítima, é o empresário a vítima mais freqüente: 43 por cento dos casos de seqüestros noticiados. Foram 81 empresários seqüestrados em 2 anos. Ou seja, na média, é um empresário seqüestrado a cada nove dias. Os parentes de empresários são o segundo grupo mais capturado pelos seques-

(154) No artigo publicado na revista Archè sobre seqüestros no período 01.01.95 até 31.05.96 lê-se: "no período de dezessete meses, foram noticiados casos com um total de 157 vítimas: 121 do sexo masculino e 36 do sexo feminino". Não portanto nenhuma variação significativa no perfil do sexo da vítima nos dois períodos.

(155) Nota-se que houve um crescimento no período junho/dezembro de 1996 das vítimas na faixa dos 31 aos 40 anos, que veio a inverter a situação do período do artigo anterior. No texto da revista Archè, p. 111, lê-se: "A faixa etária de maior risco está entre 21 e 30 anos: 29 seqüestros no período. Em segundo estão as pessoas entre 31 e 40 anos: foram 21 vítimas".

TABELA 4

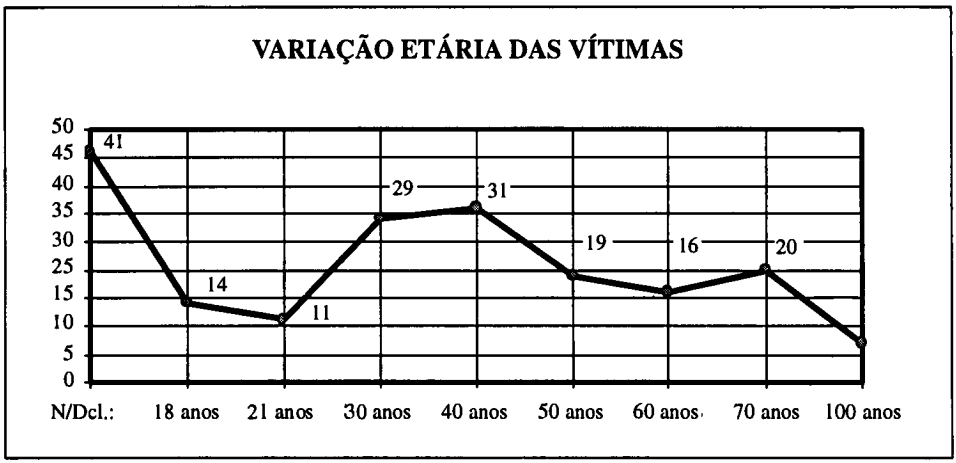
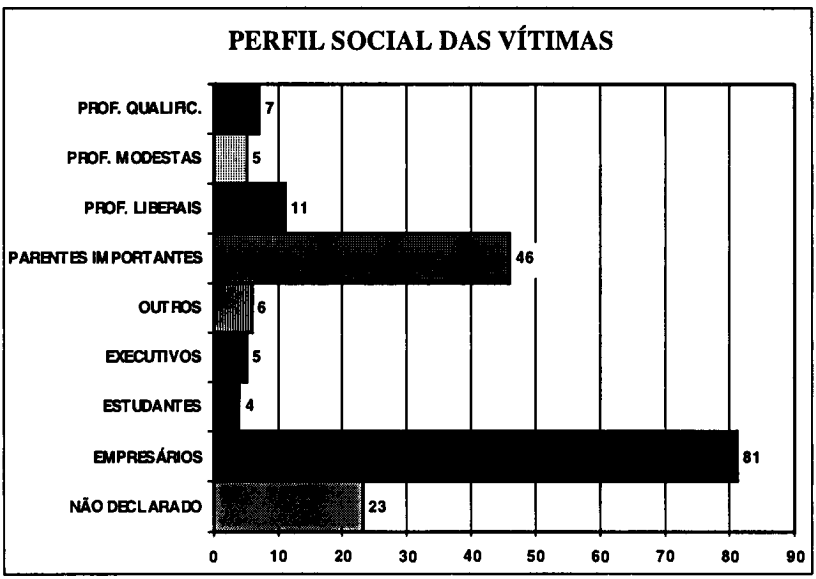


TABELA 5



tradores. Trinta e um filhos de empresários foram levados pelos criminosos. Entre os profissionais liberais, a preferência é pelos médicos (oito vítimas) – quatro vezes mais seqüestrados que os advogados.

Deve-se assinalar que apenas 5 executivos foram capturados. Este parece ser um número baixo, para uma categoria relativamente numerosa no Rio.

Por fim, temos também um caso de dois seqüestradores que foram seqüestrados por policiais: foram "mineirados", como se diz na gíria policial.[156]

Dentre os setores econômicos mais visados pelos seqüestradores (V. Tabela 6) estão, em primeiro lugar, os logistas com 15 vítimas. Em segundo, se encontram os empresários da área de transporte, com 11 sequestrados. De acordo com levantamento do Jornal do Brasil, de 1990 até 1996, 37 donos de empresas de ônibus ou seus familiares foram seqüestrados.[157] O setor de serviços teve nove vítimas e os donos de hospitais estavam em oito ocorrências. Com sete seqüestrados ficam os moveleiros, o setor de confecções, industrial e metal-mecânico. Por fim, destacam-se com seis vítimas o donos de redes de supermercados do Rio. Deve-se salientar que o presidente da Bolsa de Gêneros Alimentícios (BGA) afirma que em dois anos e meio cerca de 40 donos de supermercados foram capturados.[158] Se isto puder ser evidenciado se terá um claro indício de como ocorrem inúmeros seqüestros extorsivos que não são reportados pela imprensa ou levados ao conhecimento da polícia.

Outro problema sério com as notícias de seqüestros está em que a cobertura trata prioritariamente da ocorrência da captura. Existe um número bastante elevado de casos em que o leitor desconhecerá o desenlace do seqüestro (V. Tabela 7). Isto ocorre mais freqüentemente com vítimas que tem menor projeção social. Mas é provável que pedidos da família e dos negociadores de manter afastada a imprensa e a polícia dos casos contribua para essa situação.

A precariedade das informações a respeito do desenlace fica patente quando se constata que em 98 ocorrências – mais da metade dos casos – não se sabe com detalhes como terminou a história. Dos 188 casos, 60 vítimas foram libertadas e 14 fugiram do cativeiro.

5.5 Seqüestradores

A dificuldade em elencar os supostos seqüestradores presos no período foi grande. O primeiro problema está em que várias notícias indicam o nome do suspeito preso porém não mencionam o nome da vítima. O segundo problema está em que as megaoperações policiais nos morros e favelas – muito freqüentes no período – voltadas à captura de narcotraficantes e apreensão de drogas e armas, também resultam em prisões de supostos seqüestradores envolvidos com ocorrências anteriores à 1995.

(156) Ver a matéria: " 'Mineira' é hábito comum na Polícia", JB, 01.11.95, p. 18. Uma fonte ouvida pelo JB explicou porque os policiais *mineradores* parecem ter fácil acesso a traficantes e seqüestradores. " A *mineira* prende e extorque porque contra ela não há delação. Entretanto, quando a polícia está em missão oficial, o próprio *minerador* vende a informação da caçada ao criminoso, permitindo que ele fuja. Com isso ele já garante uma propina: a oferecida como recompensa pelo bandido", explica.

(157) O número se refere apenas aos casos informados à polícia civil e publicados em jornais. No referido período duas das vítimas foram mortas. Cf. "Fortuna atraiu os seqüestradores", JB, 08.09.96, p. 30.

(158) Cf. "Seqüestro atinge donos de mercados", FSP, 21.11.96, p. 3-5.

TABELA 6

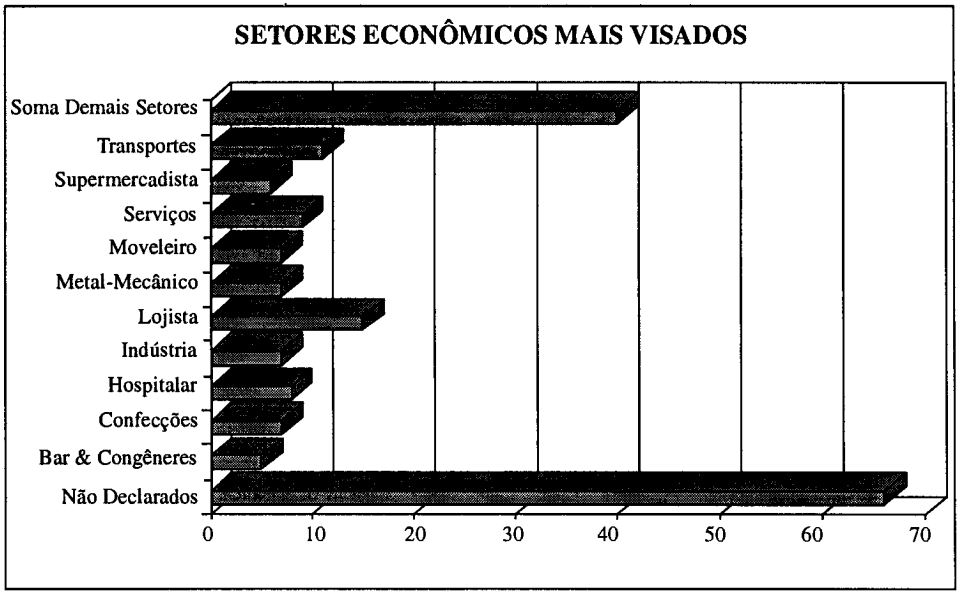
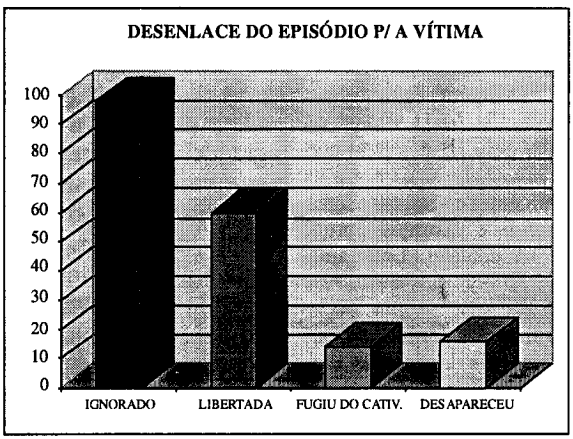
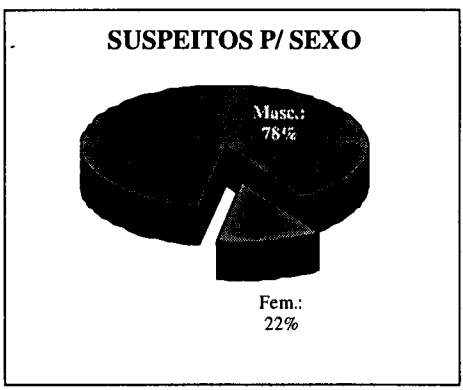


TABELA 7



O banco de dados registra atualmente o conjunto de suspeitos presos no período, inclusive aqueles que cometeram delitos em relação a vítimas de antes de 1995. Adotou-se este critério por duas razões principais: 1. foi feito um levantamento dos casos de seqüestros desde 1989 noticiados na imprensa. Por isso interessa registrar todos os suspeitos presos para etapas futuras da pesquisa que está sendo feita sobre a "indústria de seqüestros". 2. foi preciso evitar uma grande distorsão entre o grande número de prisões de seqüestradores efetuadas e os casos que não foram noticiados como elucidados pela polícia. Para se ter a dimensão deste problema, oficialmente, constam 146 prisões de supostos seqüestradores em 1995; 116 prisões até o final de outubro de 1996[159]. Seriam, pelo menos, 262 suspeitos presos no período estudado.



O presente banco de dados registra *240 supostos seqüestradores presos segundo as notícias da imprensa no período 1995-96.*

Setenta e oito por cento dos supostos seqüestradores são do sexo masculino. Portanto, quase oito entre dez seqüestradores detidos são do sexo masculino.

A faixa etária de maior incidência de seqüestradores está entre 21 e 30 anos – *67 seqüestradores.* Se esta faixa for somada àquela dos 31 aos 40 anos *(42 seqüestradores)*: teremos 80 por cento dos seqüestradores cuja idade foi divulgada pela imprensa (V. Tabela 9).

Entre os seqüestradores apanhados pela polícia predominam aqueles que desempenhavam a função de carcereiros – 59 pessoas. Depois seguem os supostos "chefes da quadrilha" (31 pessoas) que, de fato, tendem a ser os planejadores e chefes das *operações* realizadas relativas ao seqüestro. E, em terceiro lugar, estão os captores da vítima (21) (V. Tabela 10).

A tendência é a polícia capturar aqueles que atuam na *parte operacional dos seqüestros extorsivos.* O carcereiro deve ficar imobilizado vigiando a vítima e poderá ser preso quando se "estourar" o cativeiro. Os "chefes de quadrilha" freqüentemente estão envolvidos diretamente com os captores na linha de frente das operações de seqüestro. Aparentemente houve um crescimento considerável de capturas de "chefes" no ano de 1996, algo que precisa ser examinado mais adiante na pesquisa.

O perfil dos supostos seqüestradores talvez *resulte da seletividade da persecução policial que volta-se quase que exclusivamente às favelas e zonas carentes do Rio.*

A hipótese é de que os seqüestradores detidos aparentam constituir *um segmento de intermediário para baixo* (setor de operações) da estrutura do crime organizado no Rio.

À cúpula desta estrutura de crime organizado talvez caiba escolher a pes-

(159) Dados citados pelo subsecretário de Planejamento Operacional, coronel Helmo Dias. Cf. FSP, 21.11.96, p. 3-5. *Observação importante:* O Diretor do DAS, Herald Paquett Spindola em declaração ao Jornal do Brasil, três semanas depois, dizia que "mais de 60 seqüestrdores foram presos este ano". Cf. JB,17.12.96, p. 22.

TABELA 9

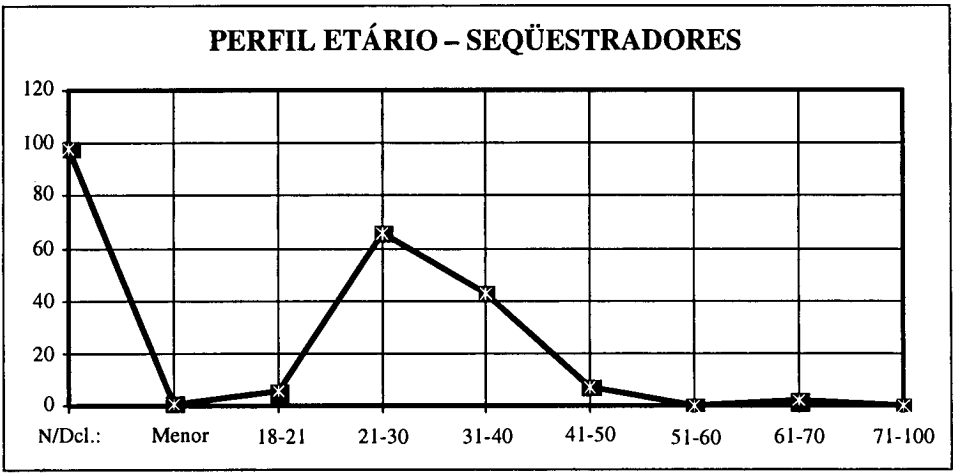
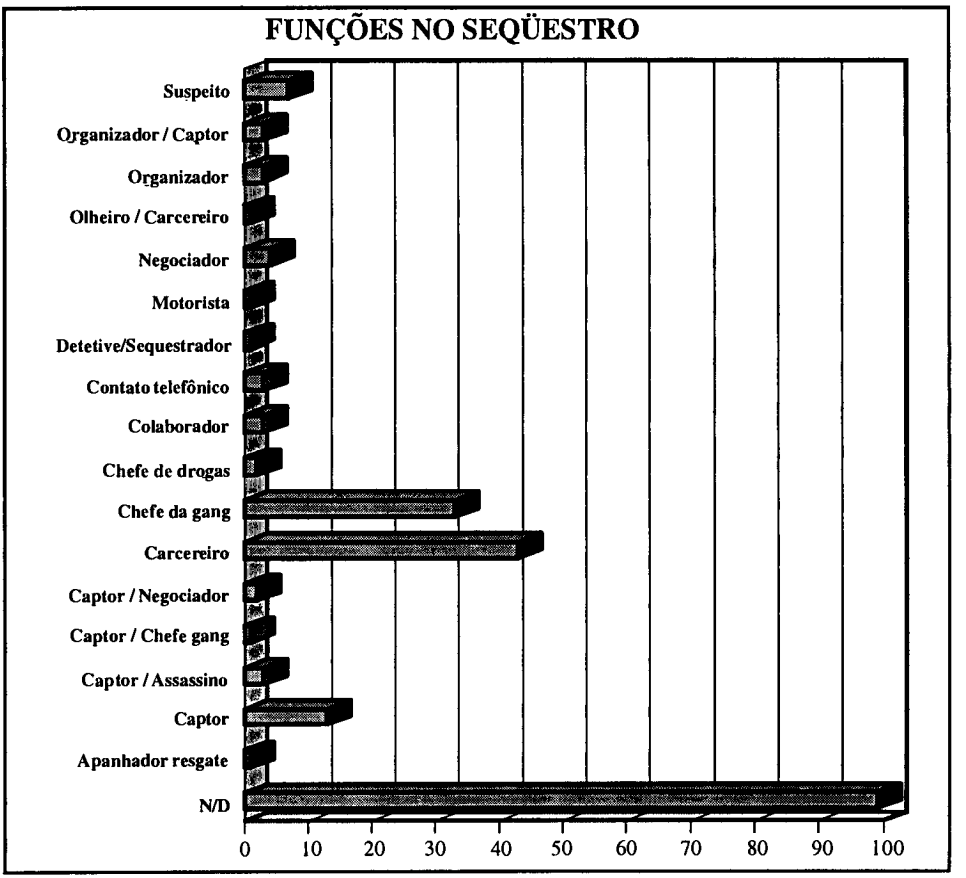


TABELA 10

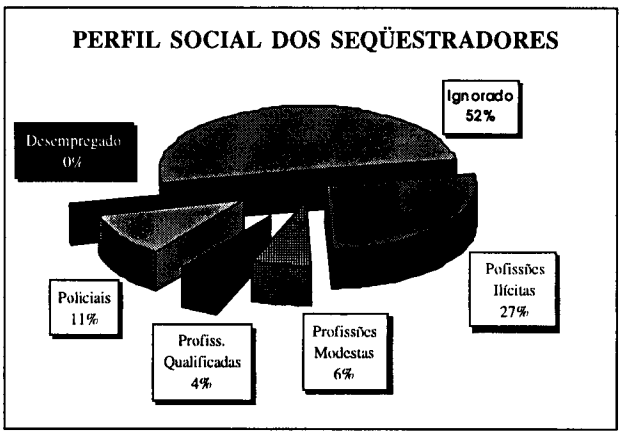


soa a ser seqüestrada, fixar o valor do resgate, estipular a quantia mínima que poderá ser aceita durante as negociações. Diretamente ligados à cúpula podem estar outras conexões com o contrabando de armas e narcotráfico de ramificações nacionais e internacionais, lavagem do dinheiro proveniente dos resgates e, talvez até, grupos de extermínio para realizar "queimas de arquivos"[160].

Profissão dos seqüestradores

"crime organizado". Este padrão de criminalidade sempre contou com a participação e cumplicidade de autoridades e agentes de autoridades públicas, como policiais, políticos, militares, e outros.

Entre os supostos seqüestradores presos estão 40 traficantes de drogas e 21 suspeitos cuja atividade principal parece ser seqüestrar. Aparece também um suspeito que é engenheiro e analista de sistemas, e é tido como um importante planejador de seqüestros.



Nesta tabela vale a pena frisar o peso de policiais e militares da ativa, além de informantes da polícia, entre os sequestradores: 11% do total, ou seja, 29 pessoas.

A presença significativa de agentes policiais como seqüestradores pode ser um indicador de um traço típico do

5.6 Ocorrências de seqüestros extorsivos

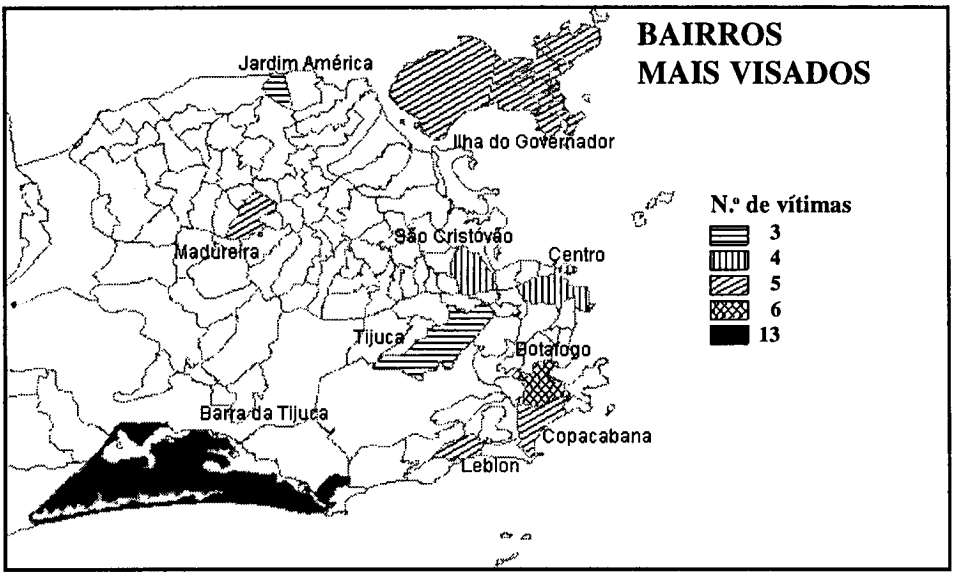
As capturas de vítimas de seqüestros extorsivos, cuja precisa localização foi obtida no levantamento, concentram-se no município do Rio de Janeiro (99 casos), e nos seus bairros da zona sul.

LOCAIS MAIS VISADOS PARA CAPTURAR VÍTIMAS DE SEQÜESTROS (V. Tabela 12)[161]

(160) Esta hipótese se baseia nas observações feitas pela extinta comissão especial de promotores de justiça que em 1990, acompanhou as investigações sobre crime organizado no Rio de Janeiro. Ver a respeito, Jornal do Brasil, 1.º caderno, 11.08.90, p. 32. O presente levantamento indica, à primeira vista, que pouco se avançou na atuação policial anti-seqüestro desde o início da década.

(161) O Autor agradece ao engenheiro-cartógrafo Lúcio Graça pela feitura dos quatro mapas incluídos no texto. A responsabilidade pelos dados e sua interpretação são do Autor do texto.

TABELA 12



A Barra da Tijuca lidera com 13 ocorrências[162]. Depois surgem os bairros de Botafogo(6 casos) e Copacabana e Leblon (5 casos), todos na zona sul. Na zona norte, lidera o bairro de Madureira com 5 ocorrências. Duas vias se destacam como área de risco: a avenida Brasil (4 casos) e via Dutra (3 casos). A Ilha do Governador, composta de vários bairros, é também uma área de expressivo número de casos (pelo menos 5 casos), de localização menos precisa, talvez devido à facilidade de acesso e fuga numa área inadequadamente policiada.

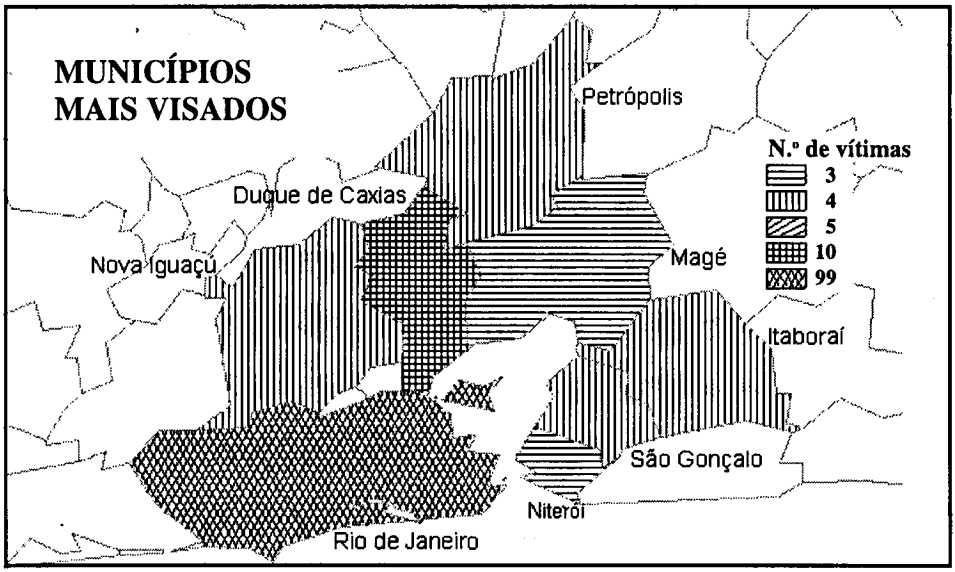
Quando a atenção é focalizada no Estado do Rio, percebe-se que em torno do município do Rio estão alguns municípios industriais ou áreas de dormitório onde significativo número de capturas ocorrem.

Duque de Caxias[163] lidera com 10 ocorrências. São Gonçalo, Itaboraí, Petrópolis e Nova Iguaçú tiveram 4 casos; Niterói e Magé, três capturas.

(162) A Barra da Tijuca , bairro cujo consumo *per capita* é de cerca de US$ 7260, é o terceiro colocado em poder aquisitivo na cidade do Rio de Janeiro, só perdendo para Copacabana (US$ 8187) e Botafogo (US$ 7636). Porém, estima-se que a maior parte da população local (41,7%) está concentrada na classe A. Em Botafogo, apenas 27,3% dos moradores são da classe A, que na média do Rio representa somente 8,36% da população. Ver, O GLOBO, 01.09.96, p. 41. À propósito, a Barra da Tijuca já havia sido apontada como recordista de casos de seqüestros: *100 casos nos últimos 4 anos*. Cf. O GLOBO, 04.03.95, Rio, p. 15.

(163) Duque de Caxias está a cerca de vinte minutos de carro do Aterro (Centro do Rio), pela Linha Vermelha. O município se caracteriza por ter um área de miséria repleta de loteamentos sem saneamento, luz ou policiamento. Caxias possui cerca de 700 mil habitantes que vivem basicamente da indústria e comércio.

CAPTURAS DE VÍTIMAS NOS MUNICÍPIOS



Os "cativeiros" – locais onde as vítimas do seqüestro são mantidas – apresentam outra espacialização. Favelas e morros destacam-se como locais de cativeiro (7 casos). Os "motéis" também aparecem com freqüência (4 casos), o que poderá sugerir hipóteses de investigação futura. São Cristóvão com 4 cativeiros e Padre Miguel, Madureira e Campo Grande (3 cativeiros) dão destaque à zona norte nas áreas de cativeiro. A Floresta da Tijuca aparece como área de 3 cativeiros.

O mapa de cativeiros do Estado do Rio (V. Tabelas 14 e 15) revela, que apesar das capturas se concentrarem no município do Rio (99 casos), os locais de guarda das vítimas estão um pouco mais equilibrados. Duque de Caxias lidera também como área de cativeiros (9 casos)[164], seguido de Magé e São João de Meriti (3 casos). Por fim, cativeiros de vítimas do Rio foram encontradas em três outros estados federados.

5.7 Atuação Policial

A atuação das polícias sobre os casos de seqüestros extorsivos (V. Tabela 16) é marcada, pelo menos, por alguns fatores fundamentais: 1. existe uma Divisão Anti-Seqüestro (DAS) especializada em investigações sobre esse delito; 2. dependendo do perfil sócio-econômico da vítima e da conjuntura política, vários recursos policiais são simultâneamente mobilizados para

(164) Reportagem do Jornal do Brasil refere-se a 16 vítimas de seqüestros que foram mantidas em cativeiro em Duque de Caxias somente em 1995, porém sem elencar quem são as vítimas. Notícias como estas que sugerem números mais elevados de cativeiros ou vítimas de seqüestro *não entram no banco de dados porque não tem o grau de informação necessário para contribuir ao levantamento.* Cf. "Cativeiros proliferam em Duque de Caxias", JB, 03.12.95, p. 36.

TABELA 14: LOCAIS DE CATIVEIROS NOS BAIRROS DO RIO

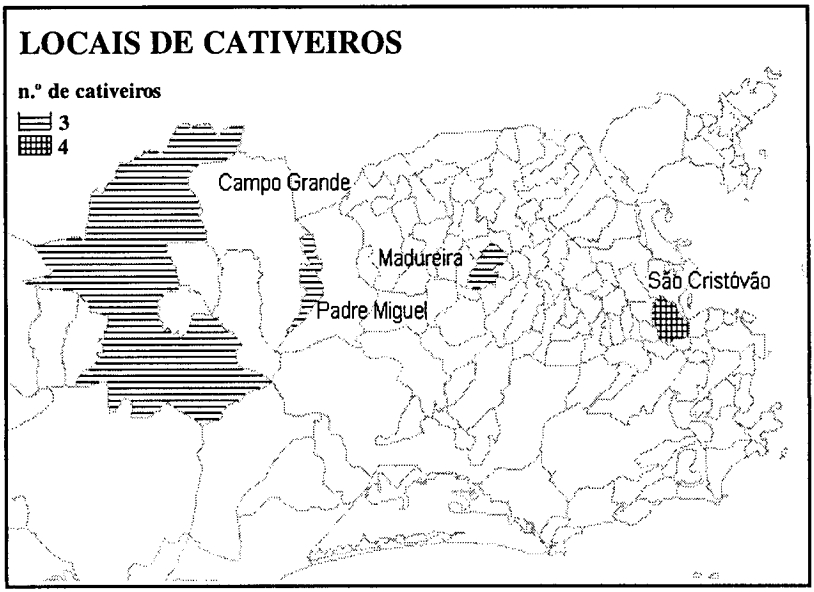


TABELA 15: LOCAIS DE CATIVEIROS NOS MUNICÍPIOS FLUMINENSES

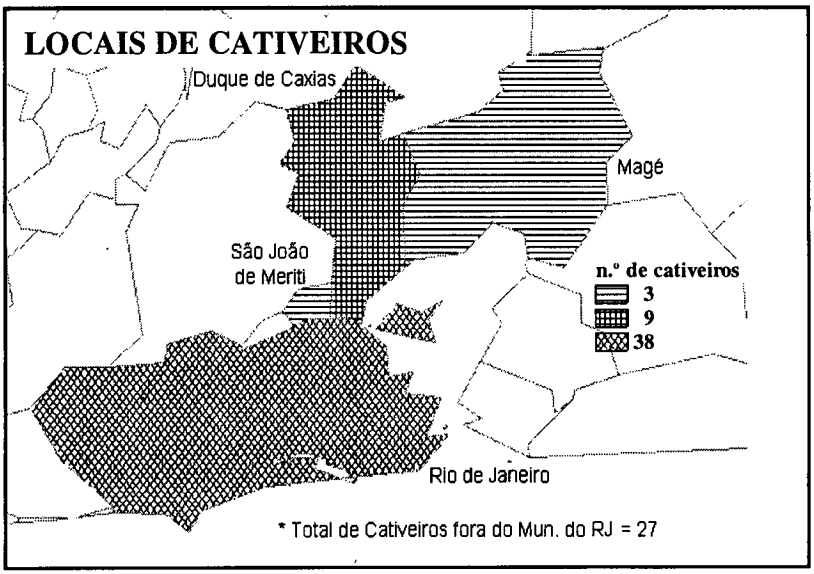
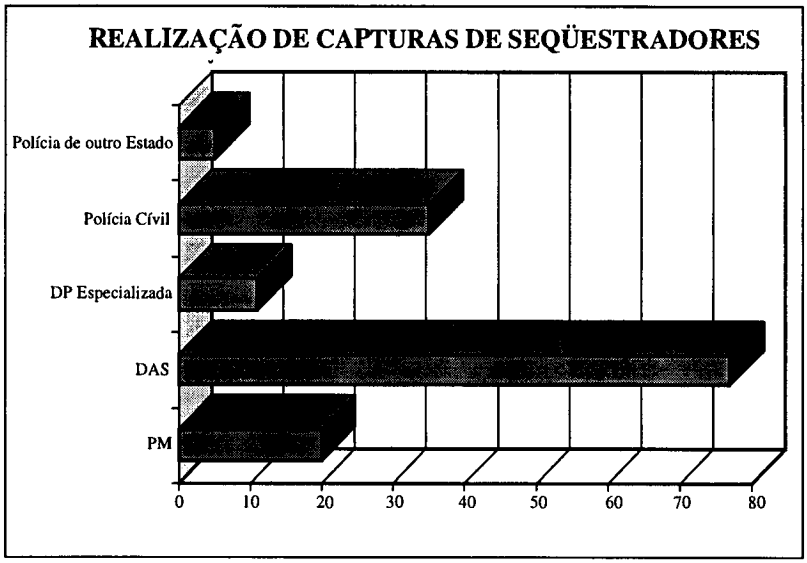


TABELA 16: ATUAÇÃO POLICIAL: PRISÕES



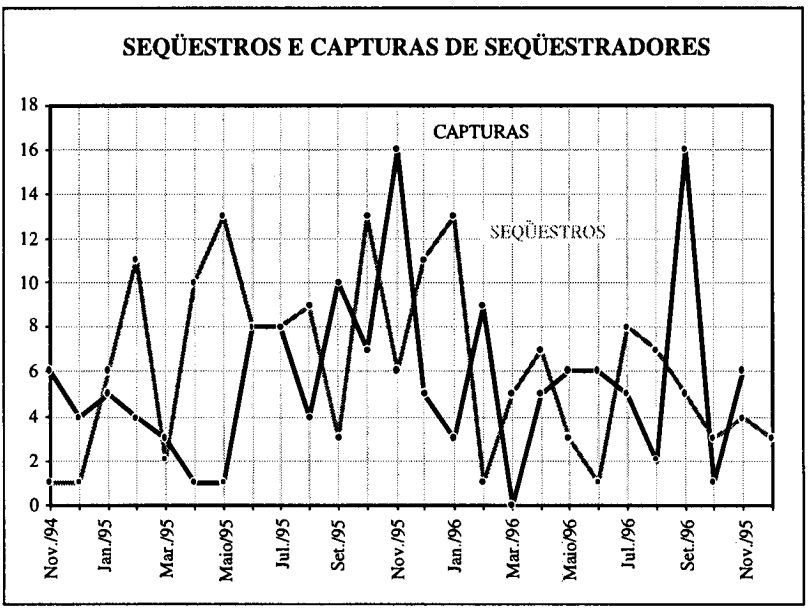
resolver casos determinados, e; 3. ocorre notável competição entre as polícias, e setores da mesma polícia, em certos casos. Face a um conjunto grande de casos de características diversas, como ocorre no presente levantamento, as generalizações não são, em regra, adequadas. O estudo de cada caso concreto é evidentemente possível. Mas, na presente fase exploratória do projeto de pesquisa, será mais econômico, e prudente, manter uma perspectiva descritiva.

A Divisão Anti-Seqüestro efetuou 77 prisões de supostos seqüestradores, de acordo com as notícias publicadas. A Polícia Civil prendeu 35; a PM, 20; outras polícias especializadas,11 e polícias de outros estados da federação, 5 seqüestradores. A precariedade desses números é devida, em parte, a não identificação clara de quem atuou na ação policial. Pois, é certo que aparecem elencados 240 nomes de seqüestradores capturados no período. Aliás, repita-se o que já foi escrito anteriormente, o número de suspeitos presos pode ser consideravelmente maior, devido à dificuldade de reunir notícias de capturas de suspeitos de envolvimento em seqüestros nas múltiplas ações policiais em morros e favelas. É comum se ler que alguém é traficante, mas também possivelmente está envolvido em um ou outro seqüestro.

A tendência observada, a partir dos dados coletados em que aparece a identificação de quem fez a captura, é de que a DAS elevou consideravelmente o número de prisões de suspeitos no ano de 1996, o que pode ser um indício de maior eficácia policial.[165]

(165) A rigor, somente exame dos registros oficiais poderão esclarecer estas questões. A eficácia policial também terá que ser vista em relação à qualidade das provas incriminadoras do suspeito. Para uma comparação com os dados aqui levantados comparar ler: "Polícia já prendeu, extorquiu e soltou suspeitos de sequestro", JB, 01.11.1995, p. 1. "Dos 70 sequestros de maior repercussão nos últimos seis anos – período que ocorreram, oficialmente, 568 casos, – a polícia só conseguiu solucionar 12 , ou seja , 17%

A tabela seguinte, que deve ser interpretada com muita prudência devido à precariedade dos dados obtidos da imprensa em relação aos seqüestradores, sugere algum avanço em termos de quantidade de suspeitos presos, que coincide com o período da caminhada Reage Rio e a concessão de premiações por atos de bravura (novembro de 1995), e talvez a atuação do DAS num período de maior estabilidade (segundo semestre de 1996).



do total. Dos 70 casos , os empresários são a maioria entre as vítimas".

A Central de Inquéritos do Ministério Público do Rio de Janeiro informou que no período de 1.º de janeiro de 1995 a 31 de abril de 1996 haviam sido abertos um total de 163 inquéritos sobre casos de *extorsão mediante seqüestro*: 136 inquéritos foram instaurados em 1995 e 27 inquéritos instaurados em 1996. Este total de inquéritos versa sobre 164 vítimas de sequestro. Foram indiciados 45 réus. Foram arquivados 3 inquéritos. Mas *nenhuma denúncia foi oferecida pelo Ministério Público.*

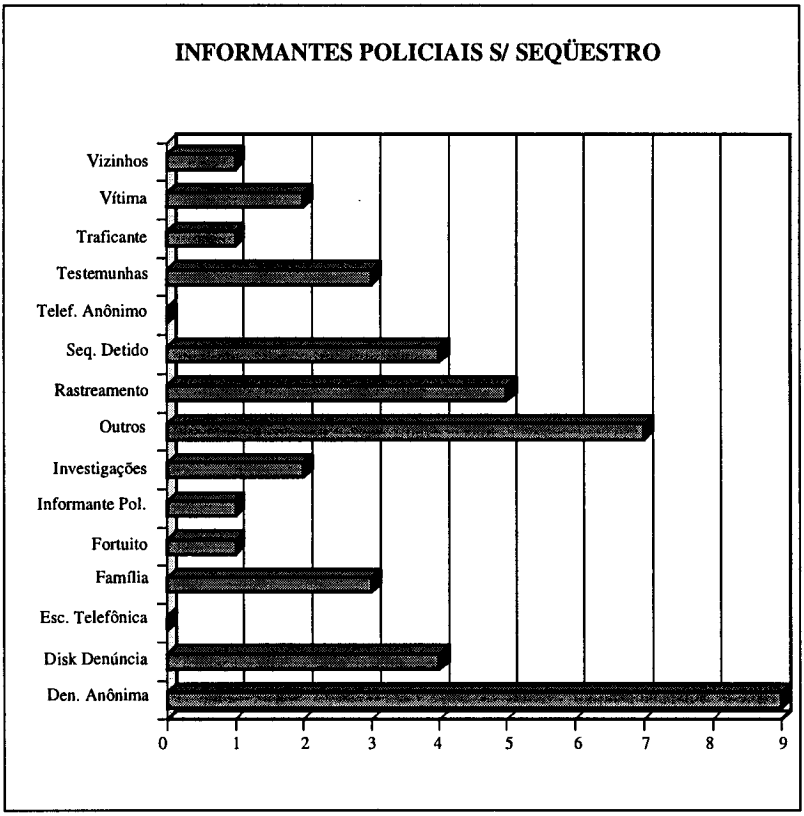
Casos de prisão em flagrante por seqüestro extorsivo não passam pela Central de Inquéritos. Esses casos vão direto para as varas criminais.

Ler ainda, "Polícia emperra as investigações", O GLOBO, Rio, 19.11.95, p. 32.

É difícil perceber, a partir das notícias da imprensa, se a atuação policial foi, de fato, aprimorada. Quando se examina como a polícia obteve as informações sobre os seqüestradores, nota-se que a investigação policial não parece ser importante. As denúncias, a obtenção de confissão de uma pessoa supostamente envolvida no delito, testemunhas continuam a prevalecer sobre técnicas investigativas mais modernas[166].

(166) Foi em 26 de outubro de 1995 que chegou o primeiro computador à DAS. Cf. "Inteligência substitui o estilo 'bateu-levou'" JB, 27.10.95, p. 25. Quando o delegado Hélio Luz assumiu a direção da DAS uma de suas primeiras providências foi obter um *perito* para realizar perícias em casos

APURAÇÃO DO SEQÜESTRO



de seqüestros. E mais ainda, desde a época do delegado Hélio Vígio que a DAS não possuia *arquivos*, porque eles foram levados supostamente para uso particular. Cf. "Diretor da DAS enfrenta primeiro seqüestro", JB, 01.06.95, p. 25. Segundo Hélio Luz,num momento de desabafo, "se o Vígio entendesse de seqüestros, teria prendido algum seqüestrador. Na sua gestão a sua equipe seqüestrava. Herdamos a Divisão sem um arquivo de seqüestradores. Não houve sequer uma condenação dos detidos pelo Vígio", Cf. 'Shadow Cabinet' dá primeira gafe, JB, 13.01.96, p. 20 (grifo nosso). Não existe, por exemplo, uma listagem, no DESIPE (Departamento do Sistema Penitenciário), sobre presos condenados por seqüestro. Cf. "Falta de dados prejudica as investigações", JB, 05.11.95, p. 36.

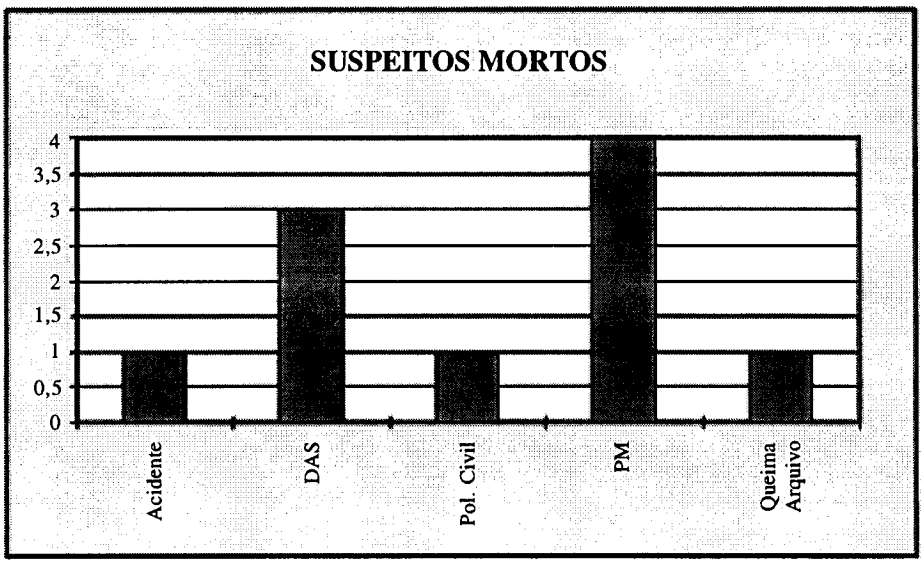
Por fim, num período de intenso combate policial a imprensa registrou um número relativamente pequeno de seqüestradores mortos (V. Tabela 19).

6. Observações finais

a) A política de segurança pública no Rio de Janeiro foi abordada neste trabalho como um conjunto de procedimentos, de caráter preventivo e repressivo, através dos quais, autoridades governamentais e elites do poder, negociam e organizam respostas ao fenômeno criminal[167]. Tentou-se situar esta política go-

(167) Para uma introdução à discussão sobre "política criminal", ver: Mireille Delmas-

TABELA 19



vernamental do Estado do Rio dentro de uma discussão sobre o projeto da cidade-metrópole do Rio. Pretendeu-se descrever a política de "lei e ordem" adotada nos dois primeiros anos do Governo Marcello Alencar, destacando a política anti-seqüestros extorsivos. Foram relatadas as críticas e recomendações dos oponentes da política governamental. Deu-se ênfase à caminhada Reage Rio como mobilização pública centrada no problema dos seqüestros. Por fim, foram mostrados dados levantados pela nossa pesquisa exploratória sobre seqüestros extorsivos[168].

b) Nas próximas etapas do levantamento haverá, principalmente, maior atenção para: 1. o levantamento de dados sobre os supostos seqüestradores e suas organizações; 2. mudanças nos padrões de seqüestros (p.ex. seqüestros relâmpagos, terceirização das atividades criminosas, etc.); 3. fugas

Marty, Modelos e Movimentos de Política Criminal, Revan, Rio de Janeiro, 1992. No texto preferi usar a expressão "política de segurança pública" para: 1. delimitar mais claramente o alcance da discussão pertinente à cidade e ao estado federado; 2. centrar a atenção nos aspectos relevantes da *formulação* e *implementação* da política governamental pelas instituições e seus agentes.

A abordagem metodológica adotada neste trabalho encontra-se nas várias obras de Harold D. Lasswell. Ver: Richard Arens e Harold D. Lasswell, In Defense of Public Order: the emerging field of sanction law, New York, Columbia University Press, 1961; Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell, Lung-Chu Chen, Human Rights and World Public Order, New Haven, Yale University Press, 1980.

(168) Vários aspectos do levantamento não foram mostrados neste texto porque já haviam sido previamente publicados pelo Autor, na versão resumida do texto ("Seqüestros no Rio"), na revista Archè, ano V, n. 13, 1996, p.101-125.

de seqüestradores de presídios e delegacias; 4. relação entre seqüestros extorsivos e outras práticas delituosas associadas ao chamado crime organizado[169], como o narcotráfico e assaltos a bancos no Rio de Janeiro.

c) Por fim, é preciso estudar experiências de formulação e implementação de políticas democráticas de segurança pública que possibilitem uma atuação policial eficaz, menos corrupta e garantidora dos direitos do cidadão[170].

(169) Para um trabalho jornalístico amplo e atual sobre crime organizado, ler: José Arbex Jr. e Cláudio Júlio Tognolli, O século do crime, Boitempo Editorial, São Paulo, 1996.

(170) Sobre os obstáculos à efetivação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, ler: Oscar Vilhena Vieira, "Neoliberalismo e Estado de Direito", Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 14, abril-junho de 1996, p. 201-214.

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

HABEAS CORPUS – CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO / GEORGE TAVARES

Ementa: Constitucional e Processual Penal: Ação Penal por infringência aos arts. 4.º e 7.º, III, da Lei 7.492/86 e 288, do CP. Habeas Corpus visando o seu trancamento.

I – Acusação consistente na emissão, oferta e gestão fraudulenta de instituição financeira, com aplicação de recursos através da emissão de letras de câmbio em finalidade diversa da prevista no estatuto social e normas do BACEN.

II – Desde que preconstituída ou incontroversa, como no caso, a prova dos fatos, é cabível o *writ* para se contrastar a legalidade ou não do procedimento penal questionado, cf. jurisprudência e doutrina.

III – Evidente a inocorrência, mesmo em tese, de infrações aos arts. 4.º – gestão fraudulenta de instituição financeira – e 288 – quadrilha ou bando –, na hipótese.

IV – Quanto à emissão ou negócio de títulos sem lastro ou garantia suficientes (art. 7.º, III), a inexistência de norma integradora, em sua inteireza, do tipo que constitui norma penal em branco, afasta, igualmente, a sua configuração, porque ainda que ultrapassado o lastro (Res. BACEN 1102/86), na operação financeira, outras garantias sufucientes, a par de não definidas pela norma complementar, poderiam, como ocorreu, garantir o adimplemento da obrigação, de resto, solvida, oportunamente, sem prejuízo algum para quem quer que seja.

V – Inobstante divergência jurisprudencial, o eg. STJ, órgão de cúpula do judiciário na fixação da definitiva exegese da lei federal, que é o caso, vem sufragando o entendimento no sentido da necessidade, nos chamados crimes financeiros ou societários, da denúncia descrever a conduta de cada partícipe. Precedentes. No caso, tal descrição, que objetiva viabilizar o exercício da ampla defesa, não ocorreu.

VI – O exame da questão, em seu contexto, revela que as infrações se exauriram na esfera administrativa, onde foram punidas, constituindo-se excesso levá-las ao terreno penal, com base nos mesmos fatos.

VII – Não se coaduna, a nosso ver, data vênia, com o interesse social, em sua legítima expressão, submeter pessoas, em situações como a retratada, ao banco dos réus, quando infração penal alguma, mesmo em tese, cometeram, conforme demonstrado, de modo a mais não ser possível, pelos ils. Impetrantes, em suas densas razões e alentados Pareceres anexos.

VIII – *Habeas Corpus* concedido, nos termos do voto condutor, para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são parte as acima indicadas.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, à unani-

midade, conceder o *Habeas Corpus* para trancar a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Custas, como de lei.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1995 (data do julgamento)

Des. Fed. Paulo Barata

Presidente

Des. Fed. Arnaldo Lima

Relator

Poder Judiciário

Tribunal Regional Federal da 2.ª Região

"Habeas corpus" 95.02.17807-6/RJ

Relator: Juiz Arnaldo Lima

Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro

Impetrado: Juízo Federal da 4.ª Vara/RJ

Pacientes: Antonio Gomes e outros

Advogados: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro

RELATÓRIO – ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO e GEORGE TAVARES impetraram Habeas Corpus em favor de ANTONIO GOMES e outros, objetivando o trancamento de ação penal. Afirmaram que funcionários do Banco Central, em inspeção de rotina na AUSTRAL Crédito Financiamento e Investimento S.A., aos 24.07.1987, verificaram que a mesma lançou seu aceite em letras de câmbio "sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor e capital de giro", em desrespeito à Resolução BACEN 1.102/86, bem como, que a Financeira vinha aplicando o produto de suas captações em desacordo com a Resolução BACEN 1.092/86, pelo que, a empresa e seus diretores de então, ora pacientes, sofreram pena de multa, no grau quase mínimo, sanção administrativa prevista no art. 44 e §§, da Lei 4.595/64. Aduziram que, posteriormente, os Pacientes foram denunciados como incursos nos crimes previstos nos arts. 4.º e 7.º, III, da Lei 7.492/86, e, ainda, crime de bando. Sustentaram que, com relação ao referido art. 7.º, III, é uma norma penal em branco; que, no tocante à definição de *lastro*, a Resolução 1.102/86 não presta para complementar tal norma legal, por não possuir a categoria de lei; que, com relação ao crime do citado art. 4.º, o fato narrado na denúncia não se adeqüa ao tipo legal, vez que, conforme reconheceu a denúncia, os recursos foram aplicados em títulos da dívida pública, reconhecidos como de liquidez absoluta e *risco zero*; que, quanto ao crime de bando, falta total embasamento jurídico e probatório. Requereram o deferimento liminar e, ao final, a concessão da ordem. Juntaram as peças de fls. 37/118.

Deferida a liminar, solicitadas as informações – fls. 120 e v. –, sobrevieram-nas – fls. 124/26 –, sustentando a Autoridade Impetrada o que se segue:

"O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face dos pacientes, tendo em vista o fato dos mesmos terem emitido, oferecido e negociado títulos mobiliários sem lastro e por gerirem fraudulentamente instituição financeira, com a aplicação de recursos obtidos através da emissão de letras de câmbio, em finalidade diversa daquela prevista no estatuto social e nas normas do Banco Central do Brasil.

Desta forma, foram incursos nas penas dos arts. 288 do CP, 7.º, inc. III e 4.º, *caput*, ambos da Lei 7492/86.

A denúncia foi recebida em 12.09.1994, pela então Juiza Titular desta Vara, Dra. Nizete A. Lobato Rodrigues.

Com base no recebimento da denúncia, foi designado interrogatório e mantida a data, tendo em vista a pouca disponibilidade de pauta para adiamento e o fato de alguns acusados já terem sido regularmente citados.

Quanto ao mérito discutido no *Habeas Corpus*, salvo melhor juízo, somente no curso da ação penal poderia restar esclarecido.

Outrossim, informo a V. Exa., que nos termos da liminar concedida, foi suspenso o interrogatório dos pacientes."

A d. Procuradoria da República, oficiando, emitiu o Parecer de fls. 130/63, opinando para que a ordem requerida seja cabível com relação à imputação aos pacientes dos crimes de quadrilha ou bando e de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, devendo a ação penal prosseguir apenas em relação ao delito previsto no art. 7.°, III, da Lei 7.492/86.

É o relatório.

VOTO – 1. Assinale-se que os fatos denunciados são incontroversos, pois admitidos como verdadeiros pelos Impetrantes (fls. 06/07). Logo, não se trata de exame de prova pelo *iter* estreito da presente ação, o que é, em regra, inadmissível.

1.1. Saber, entretanto, se tais fatos subsumem-se, em tese, nos preceitos legais incriminadores apontados na peça acusatória, é perfeitamente cabível, porque esta é, precisamente, a função judicante.

1.2. Assinala, com efeito, dentre outros, o il. Min. CARLOS VELLOSO, em artigo intitulado "Do Mandado de segurança e Institutos afins na Constituição de 1988", inserto na obra "Mandado de Segurança e de injunção", ed. Saraiva – 1990 –, p. 75/106, que:

"O mandado de segurança é irmão gêmeo do *habeas corpus*"

Tal parentesco entre as duas ações remonta, como se sabe, em sua origem, à chamada doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, que constitui uma das páginas mais expressivas do nosso Direito, tão bem defendida perante o Excelso Pretório, pelo gênio insuperável do grande RUI BARBOSA.

1.3. Em conseqüência, embora com disciplinas e finalidades próprias, há *princípios*, e muitos, que lhes são comuns. Dentre eles, emerge aquele vinculado à prova, que deve ser, *em ambos*, pré-constituída ou controversa.

1.4. Aplicável, *mutatis mutandis*, o ensinamento sempre atual do saudoso Prof. HELY LOPES MEIRELLES, em "Mandado de Segurança, 16.ª ed., Malheiros, págs. 29/30, a saber:

"Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem seu julgamento ao mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir *líquido e certo*, a ensejar a proteção reclamada. Bem por isso, já decidiu o TJSP que: 'As questões de direito, por mais intrincadas e difíceis, podem ser resolvidas em mandado de segurança'."

1.5. Identicamente, presentes iguais pressupostos, nada justifica que se afaste o cabimento do *Habeas Corpus*, até com maior razão deverá ser admitido, porque, em jogo, aí, bem superior, qual seja, o *status libertatis* da pessoa, ameaçado de violência ou coação, por ilegalidade ou abuso, cf. CF, art. 5.°, LXVIII.

Cabível, em suma, o *writ*.

2. Na questão nuclear, propriamente, a denúncia imputou aos Pacientes infringência aos arts. 288, do CP, 7.°, III e 4.°, *caput*, da lei 7.492/86, porque – fl. 38 – (ler).

3. Em seu bem fundamentado Parecer, a Procuradora da República, il. Dra. RÚBIA THEVENARD, sustentou não ser possível acolher a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, no que toca ao crime do art. 7.°, III, referido.

3.1. Asseverou, no entanto, às fls. 158/63:

"O mesmo não se pode dizer, todavia, em relação aos crimes de bando ou quadrilha e de gestão fraudulenta imputados aos pacientes.

Os pacientes, gestores da AUSTRAL CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, não se associaram com o fim de cometer crimes. O cometimento do delito em concurso de pessoas decorre de sua atuação conjunta como diretores da referida instituição. A 'associação' entre eles precede à prática delituosa a eles imputada e por certo não teve por finalidade 'cometer crimes'.

Também com relação à gestão fraudulenta de instituição financeira, entendo, com a máxima vênia, não estar caracterizada pelas irregularidades praticadas pelos pacientes na direção da AUSTRAL CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

Leia-se o que a propósito esclarece o citado Professor Manoel Pedro Pimentel:

'2. No art. 4.º que examinamos, tal não existe. O tipo conceitua a infração dizendo, apenas: 'Gerir fraudulentamente instituição financeira', completado, no parágrafo único: 'Se a gestão é temerária'.

Ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal. Como elementos de interpretação, contamos com o conceito de gestão fraudulenta ou temerária, firmado relativamente aos dispositivos do art. 3.ª, IX, da Lei 1.521/51.

Elias de Oliveira, o mais completo comentarista desta lei, assentou: 'Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traduza manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando dinheiro alheio'.'

(Manoel Pedro Pimentel in Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional – p. 49 – Editora Revista dos Tribunais).

E, mais adiante, prossegue o autor:

'7. Tipo objetivo. O crime consiste em gerir fraudulentamente, ou, então, gerir temerariamente. Gerir significa administrar, dirigir, regular, comandar.

Condição para a existência do delito, como elemento normativo do tipo, é que a gestão seja fraudulenta ou temerária. Gestão fraudulenta é aquela em que há fraude, através do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa, com o fito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem. Gestão temerária é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.

Aqui se impõe aquela observação já ensaiada linhas atrás. Pode uma gestão ser temerária, e, no entanto, bem sucedida, trazendo vantagens para a empresa. A Lei da Economia Popular, já vimos, somente considerava crime a gestão temerária de que resultasse prejuízo para os interessados. A lei atual, não. Não distinguiu. De acordo com a relação do art. 4.º, parágrafo único, basta que a gestão seja temerária, independente da existência de prejuízo ou mesmo de um dano potencial, o crime existirá.

Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cercean-

do sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.

A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo duramente a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva legal, repetido no art. 1.°, do CP: 'Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal'.'

Não houve, pelo que se extrai dos documentos acostados aos autos, fraude ou artifício na conduta imputada aos pacientes. As operações irregulares foram realizadas às claras, sem que tenham os pacientes tentado de alguma forma ocultá-las, ludibriando a fiscalização ou o público.

Tampouco foi temerária a orientação adotada pelos gestores, pois é certo que aplicaram os recursos de forma segura, embora em desacordo com a legislação.

Pelas razões expostas, entende este órgão do *Parquet* Federal que a ordem requerida é cabível apenas com relação à imputação aos pacientes dos crimes de quadrilha ou bando e de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, devendo a ação penal prosseguir relativamente ao delito previsto no artigo 7.°, III, da Lei 7.492/86."

3.2. No que tange, assim, aos arts. 288, do CP, e 4.°, *caput*, da Lei 7.492/86, adiro, em tudo, às ponderosas razões do órgão do *parquet*, pois, efetivamente, o conjunto dos fatos jamais autoriza a sustentar, em tese, e com um mínimo de consistência, a infringência a tais preceitos. Não há o mais parco indício de *gerência fraudulenta de instituição financeira* (art. 4.°) e, quanto ao 288 – quadrilha ou bando – superficial estudo dos seus elementos constitutivos, seria o bastante para revelar o inusitado da proposição, *data venia*.

4. Resta a exame, assim, a imputação contida no art. 7.°, III, da referida lei, a saber:

"Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários.

...

...

III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação."

4.1. A redação final de tal inciso, ao atribuir à "legislação"o que sejam, para o fim, *lastro ou garantia suficientes*, está a indicar que se trata, na hipótese, de preceito que encerra, na concepção doutrinária, norma penal em branco.

4.2. No magistério de Damásio E. de Jesus, penalista consagrado,

"Foi Binding quem pela primeira vez usou a expressão 'lei em branco' para batizar aquelas leis penais que contém a *sanctio juris* determinada; porém, o preceito a que se liga essa conseqüência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei (em sentido amplo)." (Direito Penal – 1.° v. – , Saraiva, 13.ª ed. – 1988 – p. 16)

4.3 Saber se a integração da norma penal em branco pode ou não ser feita por ato legislativo (*lato sensu*) ou se tal só será admissível por lei (*stricto sensu*), é matéria controvertida, polêmica, inobstante a excelência do Parecer de fls. 71/83, do Prof. Comparato, que sustenta, com espeque nos princípios do primado da lei, das liberdades fundamentais e das chamadas garantias institucionais, todos de assento constitucional, que tal complementação só será admissível por lei, estritamente considerada.

4.4. Não me aventuro, todavia, a adentrar em tal seara da doutrina mesmo porque, para a hipótese, tal não tem maior influência.

4.5. Com efeito, mesmo admitindo-se que a Resolução 1102/86 – BACEN (fls. 43/4), *constitua* a norma complementar do referido preceito em branco, *ela não o teria complementado em sua inteireza*, pois o seu item II, previu:

"Autorizar as sociedades de crédito , financiamento e investimento a aceitar, para colocação no mercado, com base em suas operações de financiamento, letras de câmbio com prazo mínimo de resgate de 60 (sessenta) dias, para as letras de câmbio remuneradas a taxas de mercado prefixadas."

4.6. Ora, o item III, do art. 7.º, no que toca à *garantia* oferecida pela instituição financeira, encerra ou contém obrigação alternativa. Vale dizer, decompondo-o: para emitir, oferecer ou negociar títulos mobiliários a mesma deverá apresentar "*lastro ou garantia suficientes*" de solvabilidade, acrescento, "nos termos da Legislação".

4.7. A alternatividade apontada se expressa não só na conjunção ou como, ainda, no emprego da palavra "suficientes" no plural, em tal preceito. Aliás, a nobre Procuradora da República, expressivamente, reconhece que *lastro* ou *garantia suficientes*, tem sentidos diversos, na espécie, asserindo, à fl. 146:

"Necessário é admitir, em primeiro lugar, que as palavras lastro e garantia não foram usadas pelo legislador como sinônimas e sim para designar diferentes formas de assegurar a regularidade da atuação da instituição financeira ao colocar ou participar da colocação dos títulos no mercado financeiro. As garantias são por certo as garantias pessoais ou reais previstas na legislação para cada título. Mas o lastro não tem conceituação jurídica tão clara. O termo é utilizado no mercado para significar operações ativas que dão suporte a operações passivas."

4.8. Como é próprio de tal espécie obrigacional – CC, arts. 884 e segs. –, o seu adimplemento se dará com a entrega de um bem *ou* outro, dentre aqueles combinados.

4.9. *Mutatis mutandis*, o cumprimento das obrigações contraídas pela Austral CFI, objeto do debate, poderiam se *fundar*, alternativamente, em *lastro* – que seriam as operações ativas correlatas às passivas, tal como dispôs o item II, da Res. 1102/86, *ou* em outra *garantia*, desde que suficiente e, quanto a *esta segunda*, não há nenhuma norma integradora do tipo, que a defina, o que afasta, definitivamente, a tipicidade, por ausência de previsão de um dos elementos essenciais à configuração, em tese, de condutas típicas, pois nada lhe impedia, juridicamente, de efetuar as operações, *mesmo* sem o correspondente ou além do *lastro* previsto na Resolução, desde que asseguradas as suas liquidações por garantias outras – reais ou fidejussórias – suficientes. E, no caso, a suficiência das garantias repousaram não só na solidez da empresa como, ainda, nos próprios títulos públicos então adquiridos, de absoluta liquidez, conforme a própria denúncia – fl. 39, B –.

4.10. Tal mais se afirma, ainda, quando se verifica que o próprio BACEN, por seu Diretor de Fiscalização, Sr. Eliseu Martins, na decisão de fls. 47/50, consignou – fl. 49, item 8:

"Destarte, restaram perfeitamente comprovadas as irregularidades apontadas na peça acusatória, ou seja, a emissão de letras de câmbio sem lastro e o desvirtuamento na aplicação dos recursos. Todavia especificamente para o caso aqui tratado, pode-se levar em conta as atenuantes que militam em benefício dos infratores: a primariedade em casos da espécie, a ausência de prejuízos para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles administrada."

4.11. Logo, ainda que o *lastro* tenha sido insuficiente, tal foi irrelevante pois as obrigações foram cumpridas, regular-

mente, sem prejuízo algum para quem quer que seja.

4.12. A questão, a meu ver, se exauriu, definitivamente, no terreno administrativo, sendo rematado excesso e – *summum jus, summa injuria* – levá-la à esfera criminal.

5. Por outro lado, como bem acentua a impetração, a denúncia não descreveu, ainda que resumidamente, qual teria sido a participação de cada Paciente no evento.

5.1. O eg. STJ, órgão de cúpula do Judiciário na exegese última da lei federal (CF, arts. 105 e segs.), vem decidindo:

Ementa

RHC – PENAL – PROCESSUAL PENAL – PESSOA JURÍDICA – SÓCIO – RESPONSABILIDADE PENAL – DENÚNCIA – REQUISITOS – A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á, odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio, de modo a que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa." (RHC 2.882-3, rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, 6.ª T., un., *in* DJU-I de 13.09.93, p. 18580)

"Ementa

1 – *Habeas Corpus.*

Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida.

2 – Crime contra a ordem econômica. Elevação abusiva de preço, valendo-se de monopólio ou de situação dominante no mercado. (Lei 8.137/90, art. 4.°, VII, com a redação determinada pelo art. 85 da Lei 8.884/94). Crime que não se confunde com a mera elevação isolada de preços de produtos fartamente existentes no mercado. A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado.

3 – Crimes societários. Denúncia. Requisitos. A atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir até o ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa.

Ser 'acionista' ou 'membro do conselho consultivo' da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia.

A denúncia, pelas conseqüências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime.

Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal." (RHC 4.214-1/DF, rel. Min. ASSIS TOLEDO, 5.ª T., un., *in* DJU-I de 27.03.95, p. 7174/5.

5.2. É certo que a jurisprudência do Pretório Excelso, em geral mais antiga, porque a ele compete, precipuamente, o exame de temas constitucionais (CF, art. 102), e, no caso, tal só o é indireta ou obliquamente, pois lhe prepondera o aspecto legal (CPP,art. 41), perfilha entendimento no sentido da desnecessidade, nos chamados crimes societários, de se individualizar qual e como fora a participação de cada um dos denunciados.

5.3. A despeito de tal diversidade jurisprudencial, certo é que, para o exer-

cício da ampla defesa, um mínimo de descrição da conduta de cada partícipe há de ser feito pela acusação, pois, do contrário estar-se-á inviabilizando o cumprimento de tal garantia magna, pela qual devemos, todos, velar.

6. Há, ainda, outros aspectos a serem lembrados: a) os fatos ocorreram em *julho/87*; b) a denúncia só foi recebida em setembro/94 (fl. 41), mais de 08 anos após; c) entrementes, sob o crivo do mesmo BACEN, os Pacientes foram guindados a postos ainda mais elevados do *grupo* AUSTRAL, um, à sua própria Presidência.

7. A esta altura, com base nos mesmos elementos já apreciados, administrativamente, pelo BACEN, pois não houve inquérito policial, penso que configura indisfarçável e odiosa coação ilegal, reparável por *Habeas Corpus* (CPP, 648, I), submetê-los a um processo-crime sem o mínimo embasamento, cuja possibilidade de êxito se revela, de antemão, pode-se dizer, frustrada, mas que, para eles e para o já quase centenário grupo empresarial AUSTRAL, que dirigem, traria conseqüências as mais constrangedoras e imprevisíveis, inclusive materialmente.

8. Não se coaduna, a nosso ver, data vênia, com o interesse social, em sua legítima expressão, submeter pessoas, em situações como a retratada, ao banco dos réus, quando infração penal alguma, mesmo em tese, cometeram, conforme demonstrado, de modo a mais não ser possível, pelos ils. Impetrantes, em suas densas razões e alentados Pareceres anexos.

9. Conclusão:

Ante o exposto, tudo bem visto e examinado, concedo o *Habeas Corpus*, nos termos do pedido, para trancar a ação penal.

É o voto.

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal – 2.ª Região.

Antonio Evaristo de Moraes Filho e *George Tavares,* advogados inscritos na OAB-RJ, respectivamente sob os n. 8.410 e 10.211, vêm, com fundamento nos arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar o presente *HABEAS CORPUS,* em favor de *ANTONIO GOMES e outros,* qualificados nos autos originais, que se encontram sob constrangimento ilegal, em razão de despacho do JUÍZO DA 4.ª VARA FEDERAL, que recebeu denúncia oferecida contra os Pacientes (docs. n 1 e 2), dando início a uma ação penal carecedora de justa causa, como passaremos a expor:

DA MEDIDA LIMINAR

1. O interrogatório dos Pacientes está marcado para o próximo dia 3 de agosto (doc. 2-A), pelo que ora se pede a concessão de medida liminar para o único e exclusivo efeito de determinar-se a sustação do referido ato, até o julgamento do presente *habeas corpus.*

2. Como se pode verificar pela leitura da impetração, está presente o requisito do *fumus boni iuris*, pois a denúncia oferecida contra os Pacientes padece de tantas e tais máculas, que é permitido apontá-la como um ato de *abuso do poder de denúncia* (Manoel Pedro Pimentel, "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", 1987, p.174), em grande parte decorrente do que o mestre Orozimbo Nonato, em célebre voto no Supremo Tribunal Federal, rotulava de *criação mental da acusação* (RF, 150/393).

3. Quanto ao *periculum in mora,* seria uma postura farisáica ignorar o constrangimento de que se reveste, para cidadãos probos, que vêm dedicando toda a existência ao trabalho honrado, o ato, em si, do interrogatório perante a Justiça Criminal, mormente quando sobre eles pesa

a imputação infamante de integrar um bando de delinqüentes, cujo escopo seria a prática de fraudes financeiras.

4. Ademais, em se tratando de diretores – o primeiro denunciado é Presidente, o segundo Diretor Financeiro e o quarto Vice-Presidente – de um dos mais antigos, sérios, confiáveis e conhecidos grupos empresarias da América Latina – há ainda o risco do *estrépito judiciário,* dado ao caráter público da audiência de interrogatório e à notoriedade das empresas.

5. Embora os Pacientes não estejam imunes a serem submetidos a um processo criminal, não se afigura razoável expô-los, desde logo, à pena irreparável do descrédito público, quando há fundadas razões de direito no sentido de que a ação penal contra eles intentada será, como aconselha José Alberto dos Reis, *jugulada à nascença,* por cuidar-se de *um pleito absolutamente inviável* (*apud* Frederico Marques, "Elementos de Direito Processual Penal", 1.ª ed., 1961, p. 163).

6. Espera-se, pois, a concessão da liminar ora pleiteada, dentro de seus estreitos limites.

DOS FATOS PROCESSUAIS

7. Em meados de 1988, realizando inspeção de rotina na AUSTRAL CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., empresa do denominado GRUPO AUSTRAL, funcionários do Banco Central verificaram que, no dia 24 de julho de 1987, *exclusivamente neste dia e por uma única vez,* a empresa teria lançado seu aceite em letras de câmbio, "sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor e capital de giro", conduta que traduziria desrespeito ao item II da Resolução 1.102/86 do Banco Central.

8. Constataram, ainda, os inspetores que a Financeira vinha aplicando o produto de suas captações em desacordo com a Resolução 1.092/86, que lhe obrigava a direcionar 60% dos recursos provenientes dos aceites cambiais para "o financiamento de bens e serviços de pessoas físicas ou jurídicas". A empresa fizera aplicações de forma preponderante em títulos públicos, de liquidez e segurança absolutas, como reconhece a própria denuncia ora em exame (vide em anexo as Resoluções 1102/86 e 1092/86 – docs. 3 e 4).

9. Instaurado o procedimento administrativo, a empresa, e seus diretores de então, os ora Pacientes, sofreram, exclusivamente, a pena de multa, no grau quase mínimo, sanção que a lei reserva para as infrações administrativas leves (art. 44 e parágrafos da Lei 4.595/64). Tanto o episódio não abalou o conceito dos ora Pacientes junto às autoridades responsáveis pela direção do Sistema Financeiro Nacional, que, atualmente, eles ocupam funções ainda mais elevadas no GRUPO AUSTRAL, sendo hoje, como se disse, o primeiro denunciado – ANTONIO GOMES, Presidente da empresa líder do respeitável conglomerado, ocupando o quarto acusado – MANUEL SANTOS – a Vice-Presidência, havendo a nomeação de ambos sido aprovada sem restrições pelo Banco Central do Brasil, após os rigorosos e conhecidos procedimentos investigatórios (arts. 32 e 33 da Lei 4.595/64).

10. Assinale-se, por sua extrema relevância, que na própria decisão administrativa condenatória foi reconhecida, expressamente,

"a ausência de prejuízo para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles (ora Pacientes) administrada" (doc. 5).

11. A par disto, como fatores da aplicação da pena administrativa em grau inferior, foi destacada, na decisão, a primariedade dos infratores e a circunstância de "se tratar de falha que ocorreu apenas no dia 24.07.1987"

12. Entrementes, por entenderem que a infração administrativa, consubstanciada na suposta ausência de lastro para a emissão de letras de câmbio, poderia configurar, em tese, o crime previsto no art. 7.°, inc. III, da Lei 7.492/86, as autoridades do Banco Central remeteram cópias de peças dos procedimentos para a Procuradoria da República, arrolando, pura e simplesmente, os nomes dos ora Pacientes como diretores da pessoa jurídica, "por ocasião da ocorrência da infração apontada", sem explicitar, porém, a participação de cada um nos fatos denunciados (doc. 6).

13. Sendo o material enviado para a Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, aqui foi, de logo, oferecida denúncia, indiscriminadamente, contra todos os antigos diretores da Financeira, sem a prévia cautela de abrir o competente inquérito policial, através do qual poderia ser apurada, não só, a possível responsabilidade pessoal de cada um dos indiciados, como também a existência de *garantias suficientes,* que permitissem a circulação das letras de câmbio, sem o menor risco para os investidores.

14. O mais grave é que a açodada denúncia, num puro exercício de imaginação, ainda *criou* duas infrações penais, de que não se poderia, nem de longe, cogitar na espécie, quais sejam, os crimes de *gestão fraudulenta e de bando ou quadrilha.*

15. Antes do recebimento da inicial acusatória, foi endereçada petição ao Juízo *a quo* (doc. 7), na tentativa de impedir a abertura de um processo criminal carecedor dos pressupostos que lhe conferem validade. Entretanto, a ilustre então titular da 4.ª Vara Federal houve por bem dar curso ao processo, através do seguinte despacho:

"As razões defensivas de fls. 354/365 serão apreciadas oportunamente porque, a meu aviso, condizem com o mérito da acusação. A inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP e os fatos narrados constituem crimes em tese tipificados nos arts. 7.°, III e 4.°, caput, da Lei 7.492/86. Por tais motivos recebo a denúncia" (doc. 2, cit.).

16. Assim, estão os Pacientes sob o peso de uma ação penal balda de justa causa, como se passará a demonstrar.

DO CABIMENTO DO PEDIDO

17. Embora se reconheça que os fundamentos da impetração, como salientou o R. despacho *sub censura,* condigam com o próprio mérito da acusação, tal não impede seu exame pela via do *habeas corpus,* na medida em que não se descerá a qualquer discussão de *matéria probatória,* eis que os fatos narrados na denúncia serão admitidos como verdadeiros, mas *não configuradores de ilícito penal algum.*

18. Em recente edição, o "Diário da Justiça" publicou decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo ilustre Min. Assis Toledo, cuja ementa, em sua primeira parte, proclama:

"*Habeas Corpus.* Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida" (27.03.95, p. 7.174/5).

19. Aqui, também, inexiste controvérsia, pois os fatos que ensejaram a sanção administrativa revelam-se indiscutíveis, a saber: as letras de câmbio questionadas não correspondiam, em sua integralidade, a contratos preexistentes de financiamento; e os recursos provenientes de aceites cambiais da Financeira foram, efetivamente, aplicados, numa boa parte, em títulos públicos de absoluta liquidez. Tais fatos, entretanto, como se procurará evidenciar, não tipificam os delitos classificados na denúncia oferecida contra os Pacientes.

20. Desnecessário seria lembrar que a mera configuração de um ilícito administrativo não implica a existência de

uma infração penal. No dizer do insígne magistrado e penalista Francisco de Assis Toledo, "nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal" ("Princípios Básicos de Direito Penal", 4.ª ed., 1991, p. 14). Igualmente, o erudito professor Arnoldo Wald, em notório parecer divulgado pela ABEL – Associação Brasileira das Empresas de Leasing (out., 1993 p. 28) ressalvou ser "evidente que podem existir operações simplesmente vedadas pelo CMN dentro de seu poder e competência, ou mesmo pela lei, e que não se configurem como crime em sentido formal por ausência de normas legais específicas neste sentido".

21. Assim, o que se passará a examinar é uma *questão unicamente de direito* a qual, em sede de processo civil, permite, sem sombra de dúvida, o *julgamento antecipado da lide* (art. 330, I, primeira parte, CPC); o que, com maior razão, se pode fazer em matéria penal, na lição do saudoso mestre Frederico Marques, acolhida pela melhor jurisprudência de nossos tribunais:

"...nada justifica ulterior movimentação processual, quando o juiz, liminarmente, em face da inépcia do pedido, possa desde logo reconhecer a absoluta carência do direito de ação. Quando se cuida de ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de *justa causa* para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para a impetração de ordem de *habeas corpus*, o que mostra ser inteiramente razoável que o juiz impeça a constituição da relação processual quando a denúncia se apresentar de todo não apta a produzir os efeitos jurídicos que são pedidos na acusação" *(op. cit.* p.163).

A QUESTÃO DO LASTRO

22. Em verdade, como registrou a decisão administrativa, a Financeira, numa *única* vez e num *único* dia – 24.07.1987 – aceitou letras de câmbio, sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor. Porém, no vencimento dos títulos, ocorrido ainda no ano de 1987, foram eles integralmente resgatados, como era de se esperar, em razão da solidez e da respeitabilidade da empresa aceitante. Não resultou, portanto, do episódio, qualquer dano para os investidores, cujo patrimônio, aliás, em momento algum, correu qualquer risco, considerando a existência de outras amplas garantias de liquidação dos papéis, entre elas a aplicação dos recursos em títulos da dívida pública, que a própria denúncia reconhece como de *absoluta liquidez.*

23. Entenderam, entretanto, as autoridade do Banco Central que a emissão consubstanciara uma infringência ao item II da Resolução 1.102, de 28.02.1986, pela qual o Conselho Monetário Nacional resolvera:

"autorizar as sociedades de crédito e investimentos a aceitar, para colocação no mercado, com base em suas operações de financiamento, letras de câmbio com prazo mínimo de resgate de 60 (sessenta) dias, para letras de câmbio remuneradas a taxas de mercado prefixadas".

24. Comunicado o fato à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, esta interpretou, como se vê da denúncia em exame, que a Resolução acima citada constituiria a *legislação definidora de lastro,* a que se refere o inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86, assim redigido:

"Emitir, oferecer, ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da *legislação"* (grifo nosso).

25. E, por assim entender, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia, indiscriminadamente, contra todos os diretores da Financeira, ora Pacientes, dando-os como incursos no tipo penal acima transcrito.

26. Este enquadramento suscita várias questões de direito, que passaremos a examinar.

27. Em primeiro lugar, há de se indagar se uma Resolução do Conselho Monetário Nacional pode representar a *legislação* exigida pela *norma penal em branco* ora em foco para seu preenchimento.

28. É sabido que, inobstante respeitáveis opiniões em contrário, uma *norma penal em branco* pode, em princípio, e por exceção, ser complementada por uma norma emanada da autoridade administrativa, desde que a própria norma penal faça remissão expressa à sua eventual complementação através de uma norma infralegal, como ocorre, por exemplo, com o art. 268 do Código Penal, ao dizer *"infringir determinação do poder público"*, ou com o inc. XI do art. 2.º da Lei 1.521/51 quando fala "fraudar pesos ou medidas padronizadas em lei ou *regulamentos"*.

29. Entretanto, quando a própria norma penal em branco prevê sua complementação somente por outra lei ou pela *legislação,* como faz o inc. III do art. 7.º que ora nos ocupa, estaremos diante de uma hipótese de *reserva legal absoluta,* de forma que o preenchimento da norma de reenvio "jamais poderá ser incumbência do Poder Executivo" (vide, em anexo, parecer do prof. Fábio Konder Comparato, ressalvada sua respeitável posição em favor da reserva legal absoluta de todas as normas incriminadoras).

30. Aliás, vêm sendo universalmente apontados, pelos especialistas em Direito Penal Econômico, em cujo bojo se insere o Direito Penal Financeiro, os riscos para a liberdade individual decorrentes deste vezo de complementar com editos administrativos as normas penais em branco. Assim, no XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, dentre as Recomendações aprovadas sobre "o conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa", é de se reproduzir a de número 8, *in verbis*:

"Em relação à descrição dos delitos, o emprego de técnicas de remissão a instâncias normativas fora do Direito Penal, para determinar quais são as condutas incriminadas, isto pode trazer o perigo da imprecisão e da falta de clareza, assim como um excesso de delegação de poder legislativo à Administração. A conduta ou o resultado proibido devem estar especificados, na medida do possível, no próprio preceito penal" (*apud* Esteban Righi, "Derecho Penal Economico Comparado", 1991, p. 306, tradução nossa).

31. A par do aspecto estritamente penal, não se pode esquecer de que, mesmo no campo do Direito Comercial, como assinala o eminente José Luiz Bulhões Pedreira, no substancioso parecer em anexo,

"no direito brasileiro a regulação dos títulos de crédito é matéria reservada à lei: um dos princípios do seu regime é o formalismo; somente são títulos de crédito os definidos em lei; não é válida a criação de novos títulos de créditos por acordo das partes; a omissão das características do título estabelecidas pela lei desqualifica o papel como título de crédito; e somente a lei pode estabelecer características e requisitos de cada título, *inclusive suas garantias ou seu lastro"* (p. 15).

32. Pelo exposto, em primeiro lugar, não pode subsistir o enquadramento dos Pacientes no inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86, pela singela razão de ainda não

existir lei definindo o que se deva entender por *lastro,* permanecendo a norma penal em branco ora examinada com seu preceito incompleto, assemelhando-se, no dizer de Binding, aos "corpos errantes à procura de alma" (*apud* Fragoso, "Lições", parte geral, 13. ed., p. 75).

(***)

33. Ademais, como bem demonstrou José Luiz Bulhões Pedreira no magnífico parecer antes mencionado, o texto da Resolução 1.102, que a denúncia invoca para preencher a norma incriminadora do inc. III do art. 7.°, não define, nem pretendeu definir, e muito menos limitar, o que seja *lastro* de letras de câmbio aceitas por sociedades de crédito e financiamento. O escopo da indigitada Resolução foi, apenas, fixar o prazo mínimo (60 dias) para o resgate das letras de câmbio, que tiverem como base operações de financiamento. Tanto assim, que, no preâmbulo da norma infralegal em tela, é feita remissão expressa ao art. 16 do Dec. lei 2.283, de 27.02.1986, dispositivo esse que veio a dar nova redação ao art. 4.° do Dec. lei 1.454/76 que passou ä vigorar com a seguinte redação:

"art. 4.° O Banco Central do Brasil estabelecerá os *prazos mínimos* (grifo nosso) a serem observados pelas instituições financeiras autorizadas para o recebimento de depósitos a prazo fixo e para emissão de letras de câmbio de aceite dessas".

34. Portanto, a Resolução 1.102 limitou-se a fixar, com assento no dispositivo acima transcrito, os *prazos mínimos* de resgate das letras de câmbio, e não especificou, nem restringiu os tipos de lastro ou de garantias que seriam admissíveis para dar segurança aos títulos.

35. É, ainda, o respeitado José Luiz Bulhões Pedreira que mostra, em seu parecer, a inexistência de obrigatoriedade, mesmo à luz das resoluções administrativas, de serem as letras de câmbio lastreadas, exclusivamente, em operações anteriores de financiamento. A prova disto está nas Resoluções 523, de 14.03.1979 e 987, de 13.12.1984. Pela primeira delas, em seu inciso I, foi admitido que as sociedades de crédito, financiamento e investimento cedessem ou alienassem à sociedade da mesma categoria, "os créditos oriundos de suas operações de financiamento ao consumidor". Com esta cessão, as letras de câmbio, porventura aceitas com base em financiamentos, ficariam sem lastro, caso o único lastro permitido fossem as aludidas operações de financiamento, que haviam sido cedidas.

36. Já pela Resolução 987/84, fica mais claro ainda que inexiste qualquer imposição regulamentar quanto à natureza das garantias das letras de câmbio. Com efeito, o inc. I da Resolução é expresso:

"as sociedades de crédito, financiamento e investimentos poderão aplicar recursos oriundos de cessão de crédito em *títulos públicos federais"* (parecer cit., p. 22, grifo nosso).

37. Em suma, inexiste qualquer lei que tenha vindo preencher a norma penal em branco do inc. III, do art. 7.° da Lei 7.492/86, de modo que não está definido, até hoje, o que constitui *lastro* de letra de câmbio emitida, oferecida ou negociada por instituições financeiras. A Resolução 1.102, invocada na denúncia, *não indica em que deva consistir o lastro, e muito menos condiciona a aceitação de letras de câmbio, à prévia existência de operações de financiamento.* Portanto, não se tratando de uma norma incriminadora auto-aplicável, e não tendo sido editado o seu complemento, não pode o mencionado inc. III do art. 7.° em exame servir de arrimo para uma imputação penal.

38. A par disto, a norma incriminadora ora em foco estabelece uma alternativa, ao falar "em lastro *ou garantia* suficientes, nos termos da legislação".

39. Assim, a segurança do investidor poderá estar quer no lastro suficiente, quer na *garantia suficiente.* Note-se que o adjetivo *suficiente* está no plural, o que reforça a interpretação no sentido da alternatividade.

40. Ainda que se admitisse que, quanto ao lastro, a Resolução 1.102 seria uma norma de reenvio admissível – inobstante não se tratar de uma lei formal, e de não ter pretendido definir o que seja lastro – mesmo assim, o inc. III do art. 7.º não perderia o estigma de *alma errante, pois é fora de dúvida que inexiste qualquer norma, quer legal, quer infralegal explicitando o que se deva entender por GARANTIA SUFICIENTE.*

41. Em face disto, o responsável por uma Financeira, que aceite ou ponha em circulação letra de câmbio, sem "lastro" em operações de financiamento, mas que ofereça, alternativamente, por seu patrimônio líquido, ou por qualquer outro motivo, segurança de resgate, não poderá ser enquadrado no inc. III do art. 7.º, por absoluta falta de base legal para tanto.

42. Ora, na espécie, além de sabermos que os títulos foram resgatados, rigorosamente, em seu vencimento, é a própria denúncia que revela a existência da *garantia suficiente,* ao afirmar que o produto da comercialização das letras de câmbio foi aplicado "em títulos públicos, *de absoluta liquidez"* (fls. 2-B).

43. Além disto, não se pode ignorar que a AUSTRAL CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS era apenas uma das empresas do Grupo AUSTRAL, e sua receita operacional representava tão só 1,20% da receita do conglomerado. Relembre-se ser o Grupo AUSTRAL quase qüinquagenário, pois fundado há 49 anos, e cuja pujança pode aquilatar-se pelo Relatório Anual, referente ao ano de 1987, que se encontra anexado às fls. 374 dos autos principais. Trata-se, em verdade, do maior grupo em seu ramo na América Latina, com capital nacional controlado por brasileiros, possuindo sucursais na Argentina e Espanha, e contando em seus quadros com mais de sete mil empregados. É a AUSTRAL um dos maiores grupos privados do Estado do Rio de Janeiro, situando-se no *ranking* como o nono maior do Brasil.

44. Para se ter uma idéia da situação patrimonial e financeira do Grupo AUSTRAL, no ano de 1987, e a da empresa de Crédito e Financiamento objeto da denúncia, ora se oferece para exame um Laudo Técnico-Contábil, elaborado por uma das mais respeitadas firmas de auditoria do país, a ARTHUR ANDERSEN. Dele se vê que o patrimônio líquido da Financeira e sua situação de solvência eram mais do que bastante para garantir, com folga, o lançamento do lote de letras de câmbio feito no dia 24.07.1987, e resgatado em dezembro do mesmo ano (doc. 8).

45. Ademais, na falta absoluta de legislação complementadora, definindo o que seja *garantia suficiente,* para os efeitos do inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86, poder-se-ia buscar o caminho da analogia, caso não estivéssemos cuidando de matéria penal, e não se tratasse de uma norma incriminadora. Mas, de qualquer forma, mesmo abrindo mão do *princípio da reserva legal,* se tomássemos, por exemplo, os padrões de garantia adotados pela legislação de seguros, extremamente cautelosa e conservadora, verificaríamos que as *reservas técnicas* de sinistros a liquidar, devem ser constituídas por: a) depósitos em bancos nos país; b) *títulos da dívida pública federal interna; c) títulos da dívida publica interna, estadual ou do Distrito Federal* (art. 65 c/c 54 do Dec.-Lei 2.063/40).

46. E foi, exatamente, em *títulos da dívida pública,* através do *open market,* como obrigatório, que a Financeira aplicou o produto das letras de câmbio que

lançara, circunstância, aliás, registrada na denúncia, onde até se reconhece tratar-se de papéis de *absoluta liquidez.*

47. Na recente Resolução 002099, de 17.08.1994, ao aprovar os regulamentos que disciplinam a atividade das instituições financeiras, o Conselho Monetário Nacional apresentou, em anexo, uma "Tabela de Classificação dos Ativos", quantificando os "fatores de ponderação de risco". Pois bem, no primeiro item, intitulado *"Risco Nulo – Fator de Ponderação 0%"* estão as aplicações em *títulos públicos federais.*

48. Em suma, o delito previsto no inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86 é um *crime de perigo concreto,* que se consuma com a criação de um *risco efetivo,* decorrente da emissão de títulos cujo resgate torne-se aleatório, na ausência de lastro ou outro tipo de garantia. Visou o legislador desestimular a atuação dos aventureiros que inundaram o mercado, em certa fase da nossa história, com papéis destituídos de real valor. Na espécie, é a própria denúncia que proclama a *liquidez absoluta* dos títulos públicos em que foram aplicados os recursos provenientes das letras de câmbio ora questionadas. Na verdade, tal aplicação, embora menos lucrativa para a Financeira, foi muito mais segura para os investidores do que se as letras estivessem "lastreadas" em operações de financiamento, de liquidação duvidosa, ainda mais numa época de crise, quando, "nos seis primeiros meses de 1987 já havia a inflação alcançado 183,49%", o que deu origem ao denominado "Plano Bresser" ("Séries Históricas – Inflação", pub. da ANDIMA, s/d, p. 68).

49. O mais relevante, porém – e agora estamos diante de matéria, exclusivamente, de direito, sem qualquer conexão com a prova, ainda que não controvertida – é que o disposto no inc. III do art. 7.º, invocado na denúncia, carece de complementação, pois não foi, ainda, editada qualquer norma, legal ou infralegal, definindo, como reclama o tipo, o que seja *lastro* ou *garantia suficientes.*

50. Ainda que admitido, para argumentar, que a Resolução 1.102 tenha eficácia para conceituar *lastro,* inexiste a norma complementar referente à *garantia suficiente.* Em sua preciosa e já citada monografia "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", o saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel, com a acuidade costumeira, traçou a distinção:

"sem lastro suficiente, significa que os títulos ou valores mobiliários foram emitidos, oferecidos ou negociados sem que existisse o suporte financeiro adequado para cobrir o seu oportuno resgate"; já *"sem garantia suficiente* quer dizer que, além de não ter lastro suficiente, os papéis também não estão cobertos por garantia de *outro tipo* (grifo nosso), deixando inteiramente a descoberto os títulos ou valores mobiliários, que não poderão oferecer qualquer segurança ao mercado de capitais ou aos investidores, no caso de serem tomados" (p. 70).

51. Assim, não havendo norma complementadora definindo o que a legislação entende por *garantia suficiente,* torna-se, quando menos por esse motivo, insubsistente, em face da falta de previsão legal, a imputação relativa ao inc. III, do art. 7.º da Lei 7.492/86.

DA FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.

52. No tocante ao delito acima enfocado, bem como em relação aos outros dois capitulados na denúncia, revela-se de manifesta inépcia a inicial, por não explicitar, ainda que num grau mínimo, o *quod modo* do alegado envolvimento de cada um dos Pacientes nos episódios supostamente criminosos.

53. Salvo em relação ao paciente *José Silva,* a quem a peça vestibular aponta

como o subscritor das "letras de câmbio emitidas pela AUSTRAL CFI S.A.", não há qualquer indicação na denúncia de qual tenha sido a participação dos demais acusados. Cinge-se o libelo inaugural a mencionar que "a autoria decorre do cargo ocupado por cada um dos denunciados", não havendo a representante do Ministério Público se dignado, sequer, a indicar a função de cada um dos réus na administração da empresa.

54. Se, ao invés de oferecer uma denúncia precipitada, houvesse a dra. Procuradora da República requisitado a abertura do sempre esclarecedor inquérito policial, ficaria tendo conhecimento de que a quase totalidade dos acusados sequer teve prévio conhecimento da emissão, em 24.07.1987, das letras de câmbio, e de que a falta de correspondência entre a referida emissão e as operações de financiamento decorreu tão só de uma falha de natureza, puramente, administrativa. Tanto assim, que depois da mencionada emissão nenhuma outra se fez, inobstante tenha a empresa, com recursos próprios, propiciado diversos novos financiamentos.

55. O importante, porém, é a falta de individualização da conduta de cada um dos denunciados, num desprezo absoluto ao "principio da culpabilidad penal, como exigencia de *culpabilidad personal* (grifo nosso), que tiene rango constitucional", que já foi, inclusive, objeto de expresso reconhecimento, num caso individual – "Caso Ozturk" – , pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tiedemann, "Lecciones de Derecho Penal Econômico", 1993, p. 140). Dúvidas, aliás, não existem, nas democracias liberais, de que "ninguém pode ser punido, salvo em razão de um *fato pessoal* (grifo nosso)", ensejando a violação desta regra seu futuro restabelecimento, mesmo em nível de *cassation* (Jean Larguier, "Droit Pénal des Affaires", 1992, p. 40).

56. Quanto ao problema da necessidade de individualização, na denúncia, da participação de cada acusado, sob pena de inépcia, há algumas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal dispensando tal explicitação nos denominados crimes societários.

57. Entretanto, este entendimento, de todo equivocado, *data venia*, não tem encontrado muitos seguidores nas demais Cortes do país, notadamente no Colendo Superior Tribunal de Justiça, de cuja jurisprudência poderemos invocar, entre outros, os arestos abaixo indicados.

58. Sendo relator o ilustre Min. Vicente Cernichiaro, a Sexta Turma, por unanimidade, assim, sentenciou no Recurso de *Habeas Corpus* 2.882-3, em 13 de setembro de 1993:

"A responsabilidade penal é pessoal, imprescindível a responsabilidade subjetiva e repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. É indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á odiosa responsabilidade por fato de terceiro. A denúncia, por isso, deve imputar conduta a cada sócio, de modo que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa" (ADCOAS, 142363).

59. Também por unanimidade, a Quinta Turma concedeu a ordem, em recurso de *habeas corpus* relatado pelo ilustre Min. Edson Vidigal, sendo a seguinte a ementa publicada no "Diário da Justiça" de 20 de fevereiro do corrente ano (p. 3.198):

"Penal. Processual. Sonegação. Falsidade Ideológica Inépcia. Ação penal. Trancamento. *Habeas Corpus*. Recurso. Também nos chamados crimes societários é imprescindível que a denúncia

individualize a participação de cada acusado. Caso impossível, é preciso que descreva o modo como concorreram para o crime. Responsabilidade tributária não se confunde com responsabilidade criminal. Denúncia inepta no caso destes autos".

60. Por fim, igualmente por unanimidade, a mesma Quinta Turma, sendo relator o insigne Min. Assis Toledo, decidiu não só no sentido da possibilidade do exame de prova, em *habeas corpus*, "quando a matéria de fato não se apresente controvertida", como ainda proclamou, na ementa publicada no "Diário da Justiça" de 27 de março do ano em curso, que

"a atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir ao ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa. Ser "acionista" ou "membro do conselho consultivo" da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia. A denúncia, pelas consequências graves que acarreta não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime. Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal".

61. Outra não é a situação do presente caso, em que a denúncia não indicou, sequer, qual teria sido a participação dos acusados nos episódios ditos criminosos, salvo em relação ao sexto réu.

62. Na edição mais recente de seu "Crimes Fiscais e Abuso de Autoridade" (1994), o fiscalista Samuel Monteiro profliga a conduta de alguns representantes do Ministério Público, que oferecem *denúncias imaturas*, sem antes comprovar "com elementos materiais que ele tem à mão *(extraídos do inquérito policial)*, que alguém participou dos fatos delituosos, colaborou, concorreu, comandou, dirigiu, orientou, deu ordens, emitiu comandos" (p. 639). Sustenta, o ilustre publicista de São Paulo, "a necessidade imperiosa e insubstituível da elaboração de um inquérito policial correto", pois "já é tempo do Ministério Público não formular denúncias aleatórias, irresponsáveis ou mesmo inconsequentes, transferindo para o acusado o dever ou o próprio ônus de provar que não é culpado dos fatos de que o acusam, maculando assim, terceiros, com fatos que ele próprio, o Ministério Público, não gostaria que alguém lhes imputasse".

63. À simples guisa de exemplo, no caso em exame, o ora paciente Manuel Santos poderia demonstrar, ainda no curso do inquérito, sem necessidade de submeter-se aos constrangimentos de uma ação penal, que não se encontrava no exercício de suas funções, na época da emissão das letras de câmbio em foco (24.07.1987), pois usufruia, então, de suas férias, tendo viajado a passeio para as cidades de Salvador, Natal, Fortaleza e Manaus, no período de 19.07.1987 a 3 de agosto do mesmo ano.

64. Por este singelo exemplo verifica-se a necessidade do prévio esclarecimento da posição de cada membro de uma empresa, antes de oferecer denúncia indiscriminadamente, contra todos, nos chamados crimes societários.

65. Assim, a par de outros defeitos, a denúncia *sub censura* carrega ainda o vício da inépcia, ao não individualizar a eventual participação de cada acusado nos fatos ditos criminosos.

DA IMAGINÁRIA GESTÃO FRAUDULENTA

66. A partir de agora, como que se abandona o campo do direito, e penetra-

se nos labirintos daquilo que o ilustre Min. Toledo denominou *ficção literária* da denúncia, e o sábio Min. Orozimbo Nonato apodou de *criação mental da acusação.*

67. A fantasiosa imputação do crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4.° da Lei 7.492/86, enquadra-se, perfeitamente, na hipótese de inépcia assinalada pelo ilustre Min. Edson Vidigal, ao dar provimento ao Recurso de *Habeas Corpus* 2.943-9:

"total descompasso entre o crime que atribui (a denúncia) ao acusado e o ato que descreve; ou: a não-descrição de fato que frente ao direito federal penal, expresso e explícito, tipifique o delito de que acusa o paciente" (*apud* Samuel Monteiro, *op. cit.* p. 720).

68. Com efeito, no procedimento que teve curso no Banco Central, foi imputada à Financeira e aos ora Pacientes a infração administrativa consistente na infringência da Resolução 1.092/86, por não haverem direcionado, no mínimo em 60%, a aplicação de seus recursos "para o financiamento de bens e serviços a pessoas físicas ou jurídicas". Como já se esclareceu anteriormente, a Financeira, em verdade, durante um certo período do ano de 1987, inclusive naquele em que comercializou as letras de câmbio emitidas no dia 24 de julho, dirigiu suas aplicações, preponderantemente, para os títulos públicos, por considerá-los mais seguros, embora menos rentáveis. A própria denúncia, repita-se, classifica estes papéis como de *liquidez absoluta.*

69. Através de uma verdadeira prestidigitação jurídica, a denúncia *sub censura* forcejou o enquadramento deste fato, que nem sequer fora objeto da comunicação feita pelo Banco Central à Procuradoria Geral da República, no art. 4.°, da Lei 7.492, onde é punido, com a pena mais grave dentre todas nela previstas, o *crime de gestão fraudulenta.*

70. Antes de examinarmos o erro técnico enormíssimo que significa este extravagante enquadramento, cabem algumas considerações sobre o liame entre os ilícitos penais e os administrativos.

71. Como já assinalamos, embasados na autoridade de Francisco de Assis Toledo e de Arnoldo Wald, nem toda inobservância às normas emanadas do Conselho Monetário Nacional configura um crime.

72. Estudando a questão da diferença entre delitos e meras infrações administrativas, Esteban Righi fala em *antijuricidad* de um lado e de *antiadministratividad* de outro (*op. cit.* p. 295).

73. Paralelamente, as obras dedicadas ao Direito Penal Econômico, no qual se inserem os delitos financeiros (João Marcelo de Araujo Júnior, "Dos Crimes contra a Ordem Econômica, 1995, p. 144), assinalam uma tendência "à la *dépénalisation* au profit des sanctions administratives" (Mireille Delmas-Marty, "Droit Pénal des Affaires", 3.ª ed., 1990, t. 1, p. 243), o que ocorre, segundo Tiedemann, em respeito ao *princípio da proporcionalidade,* pois não se entende, no atual estágio da humanidade, a imposição do mais grave instrumento punitivo, que é a privação da liberdade, para responder a ilícitos para cuja inibição bastam "las medidas civiles o administrativas" (*op. cit.* p. 151).

74. Em suas "Lições" já citadas, o pranteado Fragoso destaca que a "política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização", de modo a "reduzir ao mínimo a aplicação do instrumento penal, procurando-se recorrer a outros meios de controle social" (p. 19). No mesmo sentido o sempre atualizado Toledo: "onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o

manto da proteção penal, como *última ratio regum*". E completa: "não além disso" (*op. cit.* p. 14).

75. Ainda sobre o tema, o ilustre Prof. João Marcello de Araújo Júnior, sem dúvida o mais profícuo publicista, entre nós, nos dias de hoje, em matéria de Direito Penal Econômico, ao analisar o então anteprojeto, do qual resultou a vigente Lei 7.492, observou:

"todo trabalho legislativo penal deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único, nem o melhor instrumento de combate à criminalidade. Por isso, deve ser empregado como *ultima ratio*. A sanção penal deve ser reservada, exclusivamente, aos casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostraram insuficientes" ("A Reforma Penal – Ilícitos Penais Econômicos", 1987, p. 143).

76. De tal forma este entendimento hoje se pacificou que, no Congresso do Cairo, antes mencionado , a Recomendação de número 14 é do seguinte teor: "normalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de incriminar determinados actos u omisiones para la vida economica" (Tiedemann, "Poder Económico y Delito", ed. esp., 1985, p. 184).

77. Ora, na espécie, a sanção administrativa pela infringência da Resolução 1.092 foi aplicada, tendo as autoridades do Banco Central considerado a falta como leve, tanto assim que, como acentuamos, impuseram somente a pena de multa, num grau próximo ao mínimo e, posteriormente, consideraram, por exemplo, o primeiro e o quarto pacientes perfeitamente capacitados, sob o ponto, de vista ético e profissional, para assumir os elevados cargos, respectivamente, de Presidente e de Vice-Presidente das empresas que lideram o respeitado Grupo Austral. Seria, agora, extremamente desconcertante que, em razão daquela mesma falta administrativa de natureza leve, viessem a responder a processo criminal, sujeitando-se à pena de três a doze anos de reclusão, por um imaginário crime de gestão fraudulenta.

78. Para concluir-se pelo gritante descompasso entre o fato narrado na denúncia e seu enquadramento no art. 4.º da Lei 7.492, basta analisar o conteúdo e o alcance da norma incriminadora em questão.

79. Todos sabemos que a Lei 7.492/86 foi elaborada de afogadilho, sendo prenhe de graves defeitos, dentre eles a forma vaga com que pretendeu definir o delito ora em exame.

80. De tal modo mostrava-se imperfeito o diploma legal de que ora nos ocupamos, que, na Mensagem 252, comunicando as razões de inúmeros vetos, o Presidente da República ressalvou que enviaria, em breve, "ao Congresso nacional um novo Projeto aperfeiçoando a matéria". Na *boutade* do Prof. João Marcello de Araujo Júnior, "tratava-se portanto a Lei 7.492/86, por assim dizer, de uma *lei provisória*" ("Dos Crimes contra a Ordem Econômica", cit. p.143). Em conferência proferida na "Associação dos Advogados de São Paulo", Manoel Pedro Pimentel assinalou que a lei ora enfocada, "nasceu sob o signo da revogação." ("Direito Penal dos Negócios", s/d, p. 83).

81. E uma das mais graves mazelas desta *lei provisória* residiu, na opinião de todos que a comentaram, exatamente na redação imprecisa *do art. 4.º, cujo tipo é de total vacuidade: "Gerir fraudulentamente instituição financeira"*. Isto implicou a criação de "um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que exis-

tam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório" (Manoel Pedro Pimental, *op. cit.*, p. 53).

82. Com sua autoridade de membro da comissão elaboradora do anteprojeto da nova Parte especial do Código Penal, e incumbido de redigir, precisamente, o Título dos Crimes Econômicos, o prof. João Marcello observou que "a lei atual (Lei 4.792/86), numa flagrante violação ao princípio da reserva legal, estatuiu em seu art. 4.° um tipo aberto, uma vez que se limita a estabelecer: "gerir fraudulentamente instituição financeira" ("Crimes...", cit. p. 154).

83. Tanto assim, que no anteprojeto acima referido, o crime de gestão fraudulenta tem um tipo bem definido, que abaixo transcrevemos, pois ilustra com exatidão o conteúdo e o sentido da norma incriminadora em exame:

"art. 80. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão fraudulenta:

I – desviar bem, pela compra em nome de terceiro;

II – simular despesa, dívida ativa ou passiva, ou perda;

III – fraudar execução, em curso ou de início previsível, destruindo, inutilizando ou deteriorando bem, ou praticando qualquer negócio jurídico, capaz de gerar obrigação, ou que importe em alienação patrimonial;

IV – empregar expediente fraudulento, do qual possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores, com o fim de criar indevida vantagem, para si ou para outrém" (vide João Marcello de Araújo Júnior, "Dos Crimes, etc."cit., p.181).

84. Normas incriminadoras como a do art. 4.° em questão ferem o princípio da *Lex Certa*, que "diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios" (Toledo, *op. cit.* p. 29).

85. Também sobre este tema, o antes mencionado XIII Congresso da AIDP, realizado em 1984, no Cairo, estabeleceu a Recomendação 7:

"En el Derecho Penal Económico y de la Empresa debería evitarse, en lo posible, las cláusulas generales. Allí donde resulte necesario el empleo de cláusulas generales, éstas deberán *interpretarse restrictivamente.* Las conductas prohibidas deben describirse con precisión" (Esteban Righi, *op. cit.* p. 306, grifo nosso).

86. E foi exatamente a falta de precisão do art. 4.° que permitiu o esdrúxulo enquadramento operado pela denúncia *sub censura,* vindo confirmar as previsões do saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel sobre o *monstro ameaçador* que o legislador criara.

87. De qualquer forma, princípios elementares de interpretação permitem demonstrar, sem maior esforço, que a aplicação de recurso de uma instituição financeira em *títulos públicos de liquidez absoluta,* pode ser *antiadministrativa,* mas nunca poderá configurar gestão fraudulenta, crime cuja essência está na busca de vantagem indevida, em prejuízo alheio, colocando-se em risco a massa de investidores ou a solidez da instituição financeira. Neste sentido, os pareceres em anexo, dos ilustres Fábio Konder Comparato e José Luiz Bulhões Pedreira, embasados na opinião geral, são peremptórios ao concluir, o primeiro que

"tanto o crime objeto da referida norma legal (art. 7.°, III), quanto aquele definido no art. 4.° da mesma lei, não são de mera conduta ou simples atividade,mas sim delitos de perigo, sendo certo, que, no caso, não houve a criação de perigo algum para o mercado financeiro, como a própria autoridade administrativa o reconhece"; e o segundo que "o fato de

os recursos obtidos com emissão das letras de câmbio terem sido aplicados "em títulos públicos de absoluta liquidez" não configurou o comportamento tipificado, no art. 4.° da Lei 7.492/86, como "gestão fraudulenta de instituição financeira", pois não se encontram naquele fato, os elementos do tipo penal : "ação dolosa que vise obter vantagem ilícita", "o propósito de causar dano a terceiro", "o induzimento de alguém em erro", e "o artifício ou qualquer outro meio fraudulento".

88. Embora o tipo do art. 4.° esteja contaminado pela mácula da vacuidade, em face da ausência dos *parâmetros objetivos* de que falava o mestre Manoel Pedro Pimental, é gritante sua inadequação à espécie, à luz do bom senso, aliado ao processo histórico de interpretação, ao direito comparado e, sobretudo, ao exame da finalidade da norma, que é evitar o prejuízo de terceiros, decorrente de fraude praticada por administradores de instituições financeiras.

89. O tipo do art. 4.° em foco surgiu, pela primeira vez no direito brasileiro, no Dec. lei 869/38, redigido, notoriamente, pelo sumo mestre Nélson Hungria. Em entrevista à imprensa, o então Ministro da Justiça, jurista Francisco Campos, à guisa de Exposição de Motivos ao novo diploma que definia os crimes contra a economia popular, assinalava, no que tange à matéria ora em exame, que o objetivo do tipo era "garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões" (*apud* Elias de Oliveira, "Crimes contra a Economia Popular", 1952, p. 152).

90. Numa interpretação autêntica, emanada do maior penalista brasileito de nosso século, têm-se que o objetivo da lei foi desestimular a criação de "verdadeiros *ninhos de fraude* ou *arapucas* (grifos do original), que é o nome dado pelo vulgo às sociedades preordenadamente fundadas para enliços e burlas em grande estilo", pelo que o disposto no "inc. IX do art. 2.° do dec. 869 (crime de gestão fraudulenta) visou "o extermínio dessas *emboscadas* contra a pecúnia dos incautos" (Hungria, "Dos Crimes conta a Economia Popular", 1938, p .65).

91. Evidentemente, como ressalva Elias de Oliveira, a lei reprime "a gestão fraudulenta ou temerária, não só daquelas *arapucas,* como igualmente das empresas, bancos, caixas beneficientes e outros institutos de economia do povo, os quais, se bem que solidamente organizados, podem vir a cair em mãos inescrupulosas de alguns gestores sem honestidade" (*op. cit* . p.154).

92. Assim, e isto se conclui inclusive pela extrema gravidade da pena cominada, o sentido do art. 4.° foi evitar a criação de *arapucas* ou a transformação de instituições sérias em *arapucas,* pela atuação de administradores inecrupulosos, animados pelo dolo de fraudar, com o intuito de obter vantagens indevidas, causando *prejuízo para os interessados* (Souza Neto, "Júri de Economia Popular", 1952, p. 109).

93. Em face disto, torna-se evidente que um ato, praticado na administração de uma instituição financeira, para configurar o crime de gestão fraudulenta, necessita estar revestido destas características, que são da própria essência do delito: "a *fraude* através do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa" e "o fito de prejudicar alguém ou de obter vantagem para o agente ou para outrém" (Manoel Pedro Pimentel, "Crimes, etc." cit, p. 51).

94. O Egrégio extinto Tribunal Federal de Recursos, julgando um caso em que se imputava a um diretor de banco o crime de gestão fraudulenta, com assento no fato de haver concedido empréstimos com infringência das normas

bancárias, assim decidiu, em *habeas corpus* relatado pelo saudoso Min. Henrique d'Ávila:

"O delito previsto nos incs. 9.° e 10 do art. 3.° da Lei 1.521/51 (gestão fraudulenta), não se configura em tese pelo simples fato de o diretor de determinado estabelecimento de crédito haver autorizado operações de empréstimo extravasantes à ficha cadastral de seus respectivos tomadores; mormente, quando estas vêm sendo solvidas ou renovadas regularmente. Convém acentuar que, em decorrência delas, não se imputa ao referido estabelecimento abalo financeiro capaz de arrastá-lo à insolvência (...) *Habeas Corpus.* Sua concessão para libertar o paciente da ação penal por ausência de justa causa" ("Revista do Tribunal Federal de Recursos", 14/126).

95. Destarte, a toda evidência, o fato narrado na denúncia, como embasador do crime de gestão fraudulenta, não se adequa ao tipo do art. 4.° em exame.

96. O aludido fato teria consistido na aplicação de recursos resultantes da emissão de letras de câmbio em títulos da dívida pública, com infringência à Resolução 1.092 que determinava fosse a aludida aplicação direcionada para novos financiamentos.

97. Ora, ainda que a conduta possa ter sido *antiadministrativa,* não configura, porém, o crime de gestão fraudulenta, nem qualquer outro ilícito penal previsto no sistema jurídico brasileiro.

98. Inicidindo em confusão profunda, a denúncia *sub examen* não soube distinguir irregularidade administrativa de ilícito penal. Para traçar a diferença entre o grave crime de gestão fraudulenta e o simples descumprimento de normas legais ou estatutárias por parte do gestor de sociedades, podemos nos socorrer do direito comparado.

99. O Código Penal argentino, por exemplo, em seu art. 173, § 7.° (redação pela Lei 17.567/68), sanciona com a severa pena máxima de seis anos de prisão a fraude na administração de uma sociedade, praticada com a finalidade de obter lucro indevido para o agente ou para terceiro, ou da qual resulte prejuízo. Este crime corresponde, *grosso modo,* ao nosso de gestão fraudulenta.

100. Entretanto, evidenciando que este grave delito não se configura com a mera prática de atos contrários à lei ou aos estatutos, pelo administrador de uma sociedade, basta assinalar que tal prática é prevista, em apartado num *outro tipo* do aludido Código (art. 301), cuja pena máxima é de dois anos, desde do fato possa "derivar algún perjuicio". Este delito não encontra correspondência no direito brasileiro, salvo se a conduta subsumir-se no art.171 do Código Penal, como estelionato, o que não é o caso em exame.

101. O professor argentino Edmundo Hendler, tecendo comentários ao art. 301 acima mencionado, adverte que, nas hipóteses de descumprimento de normas do Banco Central, é preciso lembrar que nem sempre as mesmas "suponen el perjuicio de la entidad", e que, embora possa estar configurado o ilícito administrativo, não há crime, por falta de "un perjuicio potencial", quando a conduta não "arriesga la solvencia o liquidez" do patrimônio da instituição financeira ("La Responsabilidad Penal de los Directivos de Entidades Financeiras", 1982, p. 94 e 95).

102. Assim, a par de inexistir, na legislação brasileira, qualquer infração penal que se tipifique com a simples infringência de normas administrativas emanadas, por exemplo, do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central, mesmo em face do direito comparado (art. 301 do Cod. Penal argentino, inspirado no art. 347 do diploma repressivo holandês, *apud* Hendler, *op. cit.* p. 85/6) a conduta atribuída aos Pacientes seria atípica, eis que da aplicação dos

recursos em títulos da dívida pública não resultou, nem poderia resultar, qualquer dano para a instituição, ou para os terceiros tomadores das letras de câmbio, pois os mencionados títulos são, como atestou a própria denúncia, de *liquidez absoluta.*

103. Aliás, não seria demais recordar que um dos *consideranda* da decisão administrativa, para justificar a aplicação, tão só, da pena de multa e num grau quase mínimo, foi exatamente

"a ausência de prejuízo para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles administrada" (doc. 5).

104. No mesmo sentido, a conclusão do Laudo Técnico Contábil da conceituada ARTHUR ANDERSEN S/C :

"Com base nas informações acima apresentadas, fica evidenciado que a AUSTRAL – Crédito Financiamento e Investimentos S.A., empresa do Conglomerado Austral, durante o ano de 1987, se manteve sólida do ponto de vista econômico-financeiro e não se tornou insolvente, honrando seus compromissos com terceiros, nas datas aprazadas, inclusive no que diz respeito ao resgate de letras de câmbio emitidas por essa Sociedade em 24.07.1987. A referida emissão em nada beneficiou os Diretores da Sociedade e nem resultou em lucros extraordinários para seus acionistas" (doc. 8).

105. Aliás, no tocante à questão de lucros, é de se repisar que a aplicação de recursos em títulos públicos, ao invés de direcioná-los para financiamentos, não foi "motivada pelo objetivo de obter maior rentabilidade", pois "é fato notório que os juros que as sociedades de crédito, financiamento e investimento pagam na colocação de letras de seu aceite e cobram nas operações ativas situam-se entre os mais elevados praticados nos mercados financeiros brasileiros, e a aplicação em títulos da dívida pública, em regra, proporcina renda menor do que as de letras de câmbio e o financiamento do consumo e de capital de giro" (José Luiz Bulhões Pedreira, paracer anexo, p. 33).

106. Sobre o tema, registre-se que, no ano de 1987, principalmente depois do denominado "Plano Bresser", era a seguinte a relação: *147,60%* ao ano de taxa efetiva de remuneração para os títulos públicos e *706,4%* para as operações de financiamento, só que estas últimas ofereciam segurança muito menor, pela elevada taxa de inadimplência. Destarte, ainda que pudesse ser antiadministrativa, a aplicação em títulos públicos visou resguardar os interesses não só da instituição financeira, como dos investidores, que haviam adquirido letras de câmbio. Foi, portanto, um ato de gestão com características diametralmente opostas às das gestões temerárias, e mais ainda das fraudulentas.

107. Por derradeiro, para que não passe sem o necessário reparo mais uma, dentre inúmeras assertivas inexatas da denúncia *sub censura*, cabe consignar que a aplicação de recursos da Financeira em títulos públicos é prevista, expressamente, no art. 3.º do Estatuto da sociedade, que se encontra anexado ao processo principal, além de ser autorizada pelas Resoluções do Conselho Monetário Nacional, como, por exemplo, a de número 987, de 13.12.1984, invocada no parecer do ilustre José Luiz Bulhões Pedreira.

108. Em síntese, quanto ao crime de gestão fraudulenta, o fato narrado na denúncia – a aplicação de recursos em títulos da dívida pública – não se enquadra no tipo do art. 4.º da Lei 7.492, por mais elastério que se queira dar ao conteúdo desta norma aberta. Gestão fraudulenta é praticar fraudes na administração de instituições financeiras, visando obter vantagens indevidas, colocando em

risco o patrimônio da própria instituição ou de terceiros. Nada disto, a toda evidência, ocorreu na espécie, o que torna flagrante a falta de justa causa.

DO CRIME DE BANDO

109. No concernente a esta outra *criação mental da acusação,* que é o *crime de bando,* nada resta a aduzir, mesmo porque o próprio despacho que recebeu a denúncia repudiou, implicitamente, esta fantasiosa imputação, ao deixar sequer de mencionar o art. 288 do Código Penal (doc. 2).

110. De qualquer forma, a peça vestibular não descreve um crime de bando, (mesmo porque seria impossível fazê-lo), eis que se limita a afirmar, sem qualquer compromisso com a realidade, que "os ora denunciados reuniram-se em sociedade delituosa com o fim de cometer crimes contra o Sistema Financeiro Nacional". Trata-se, às escancaras, de outra situação de *abuso do poder de denúncia* , profligrado pelo saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel, na mais completa e preciosa obra da literatura jurídica brasileira sobre a malsinada Lei 7.492, a *lei provisória,* que *nasceu sob o signo da revogação.*

111. Em homenagem à Egrégia Turma julgadora do presente *writ,* acreditamos que não devemos tecer mais uma apreciação sequer, sobre a esdrúxula imputação de crime de bando.

EM CONCLUSÃO

112. Foram examinadas no presente *habeas corpus* questões, exclusivamente, de direito, sem qualquer discussão de natureza probatória.

113. Destacou-se, em resumo, quanto ao crime previsto no inc. III, do art. 7.°, da Lei 7.492, que o mencionado dipositivo é uma *norma penal em branco,* a ser complementada *"nos termos da legislação".*

114. Ocorre, entretanto, que não foi, até hoje, promulgada qualquer lei definindo o que se deva entender por *lastro suficiente e por garantia suficiente.*

115. No tocante à definição de *lastro,* a Resolução 1.102/86, do Conselho Monetário Nacional, não se presta para complementar a norma penal, e isto por duas razões: 1.° – trata-se de mero edito administrativo, sem a categoria de lei; 2.° – o próprio texto da Resolução não determina que as letras de câmbio somente possam ser emitidas com base em contratos, anteriores, de financiamento. Outras Resoluções do Conselho Monetário Nacional, citadas na impetração, permitem que as empresas de crédito, investimento e financiamento apliquem seus recursos em títulos públicos, que servirão de garantia para a emissão de letras de câmbio.

116. Ademais, no que concerne à definição de *garantia suficiente,* que não se confunde com *lastro suficiente,* não há, absolutamente, Lei ou Resolução alguma complementando o preceito penal, que permanece, pelo menos neste ponto, inaplicável por falta da denominada *norma de reenvio.* A hipótese seria análoga a de se processar alguém pelo crime de transgredir tabela de preço, sem que exista tabela alguma preenchendo o vazio da norma penal em branco.

117. De resto, havia, em concreto, à luz dos próprios termos da denúncia, a *garantia suficiente,* em razão de a Financeira ter aplicado, preponderantemente, seus recursos em títulos da dívida pública, reconhecidos pela inicial acusatória como papéis de *liquidez absoluta.* A par disto, o patrimônio líquido da Financeira, empresa integrante do quase centenário, sólido e respeitado Grupo Austral, era mais do que suficiente para garantir as letras de câmbio que, aliás, foram religiosamente resgatadas em seu vencimento, jamais tendo havido o mínimo risco para os investidores.

118. Por todos estes motivos, carece de justa causa o enquadramento dos

Paciente no inc. III, do art.7.°, da Lei 7.492/86.

119. Ademais, a denúncia cingiu-se a atribuir a prática dos delitos aos ora Pacientes, com base tão só na circunstância de serem, na época dos fatos, diretores da Financeira. Várias e recentes são as decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que, mesmo nos denominados crimes societários, a inicial não está desobrigada de explicitar, no mínimo que seja, a participação de cada um dos acusados, no cometimento dos crimes que lhes imputar.

120. Quanto ao crime de *gestão fraudulenta,* o mais grave dentre todos os previstos na Lei 7.492, cuida-se de um caso que o mestre Manoel Pedro Pimental estigmatizava como um *abuso do poder de denúncia,* eis que fruto, no dizer do sábio Min. Orozimbo Nonato, de *criação mental da acusação.*

121. Independente das acerbas críticas que merece o tipo vago e aberto do art. 4.° da Lei 7.492, a conduta atribuída aos ora Pacientes não pode ser amoldada à norma incriminadora em questão, que visa punir comportamentos fraudulentos, tendentes a causar prejuízos para as instituições financeiras, ou para os investidores, tendo o agente o objetivo de alcançar um proveito indevido.

122. O fato imputado aos denunciados consistiu em aplicar o produto das letras de câmbio em títulos da dívida pública, ao invés de direcionarem 60% dos recursos para o financiamento de bens e serviços, como determina a Resolução 1.092 do Conselho Monetário Nacional.

123. Ainda que esta conduta possa ter infringido a norma administrativa, não tipificou, porém, delito algum, muito menos o de *gestão fraudulenta,* cuja tônica, como se disse, está no emprego de fraude, com o fito de obter vantagem, colocando em risco o patrimônio da instituição financeira ou de terceiros.

124. No caso, conforme reconheceu a denúncia, os recursos foram aplicados em títulos da dívida pública. reconhecidos como de liquidez absoluta e considerados pelo Conselho Monetário Nacional como de *risco zero.* Só por absurdo este comportamento, ainda que antiadministrativo, pode ser rotulado de *gestão fraudulenta.*

125. As próprias autoridades administrativas do Banco Central, ao julgarem a matéria, proclamaram

"a ausência de prejuízos para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição".

126. Tanto assim, que na esfera administrativa a infração a regras meramente formais foi considerada leve, a ponto de ter sido aplicada, tão só, a pena de multa, num grau próximo do mínimo. E de tal maneira os ora Pacientes continuaram merecendo a confiança das autoridades monetárias do país, que tiveram seus nomes aprovados pelos diversos e rigorosos orgãos competentes, para ocupar as seguintes funções, no respeitado Grupo AUSTRAL: Antonio Gomes – Presidente do Grupo Austral, que é o maior da América Latina, Presidente do BANCO AUSTRAL: Joaquim Pereira – Diretor Financeiro do Grupo Austral: Pedro de Almeida – Diretor da AUSTRAL CAPITALIZAÇÃO; Manuel Santos – Vice-Presidente do Grupo AUSTRAL; João Moraes – Vice-Presidente do BANCO AUSTRAL; José Silva – Diretor de Finanças do Grupo de Seguros.

127. A toda evidência, se os organismos de fiscalização do Banco Central do Brasil houvesse considerado os ora Pacientes como *gestores fraudulentos,* apenas porque teriam direcionado as aplicações de uma financeira para a aquisição de títulos públicos, reconhecidos como de liquidez absoluta, não permitiria que viessem a ser guindados aos elevados cargos que hoje ocupam.

128. Assim, em relação ao crime do art. 4.° da Lei 7.492/86, o fato narrado

na denúncia não se adequa ao tipo legal, sendo manifesta a carência de justa causa para a submissão dos Pacientes aos percalços de uma ação penal, com todo o séquito de constrangimentos, materiais e morais, que decorre da condição de réu em um processo criminal.

129. Por derradeiro, quanto ao crime de bando, a imputação ressuma a verdadeiro insulto, por sua total falta de embasamento jurídico e probatório. Cuida-se de um verdadeiro *modismo* acusatório, que vem merecendo a repulsa liminar dos Tribunais, como ocorreu no denominado "Caso Collor", quando a denúncia, *ab initio*, foi rejeitada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no ponto, por carecer de amparo legal.

130. Pelo exposto, espera-se a concessão da presente ordem, para fazer cessar o pesadelo kafkaniano desabado, com o recebimento da denúncia *sub censura*, sobre a existência dos Pacientes, homens honrados, que vêm dedicando toda vida ao trabalho, merecendo sempre a confiança, não só dos detentores do capital de um dos mais antigos e respeitados grupos empresariais brasileiros, como das autoridades responsáveis pelo destino das finanças e da economia do país. O trancamento desta ação penal, carecedora de justa causa, será um reparador ato de Justiça.

Rio de Janeiro, de de 1996

Antonio Evaristo de Moraes Filho

George Tavares

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

CARLOS MARIGHELLA: CIRCUNSTÂNCIAS DA MORTE E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

LUÍS FRANCISCO DA S. CARVALHO FILHO

MORTO – Carlos Marighella

Interessados

– Clara Charf (companheira)

– Carlos Augusto Marighella (filho)

RELATÓRIO

Clara Charf e Carlos Augusto Marighella, companheira e filho de Carlos Marighella, postulam o reconhecimento de seu nome para os fins do art. 4°, inc. 1, letra *b*, da Lei 9.140/95.

A trajetória política de Carlos Marighella é conhecida. Militante comunista desde a juventude, é preso em 1932, em 1936 e em 1939, desta vez por seis anos. Anistiado, elege-se deputado constituinte em 1946, pela Bahia. Volta à clandestinidade em 1948, quando seu mandato, assim como os mandatos dos demais parlamentares do PCB, são cassados por decisão do Poder Judiciário. Preso novamente em 1964, é solto pela concessão de habeas corpus. Distanciou-se, paulatinamente, da linha política do Partido Comunista, até o rompimento definitivo, em 1967. Adere à idéia da luta armada e funda a ALN (Acão Libertadora Nacional), organização que realiza as primeiras operações de guerrilha urbana no Brasil. Morre em 04.11.1969, com 57 anos de idade. É enterrado como indigente.

Segundo a versão oficial, Carlos Marighella foi atingido por disparos de arma de fogo ao tentar resistir à voz de prisão dada pelo delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, durante uma operação policial especialmente desencadeada para atraí-lo e capturá-lo. Ainda segundo a versão oficial, ocorreu um "cerrado tiroteio entre os elementos da segurança de MARIGHELLA e os integrantes das equipes que guarneciam os cruzamentos, isolando o local", fato que determinou a morte de uma investigadora e de um cidadão que, inadvertidamente, rompeu com seu automóvel o cerco policial, além do ferimento à bala, sem risco de vida, sofrido por um delegado do DOPS. A operacão foi classificada, internamente, como um "excepcional trabalho policial" e, para todos os agentes que dela participaram, recomendou-se a "promoção por bravura e ação meritória" (fls. 158).

Os requerentes, por outro lado, sustentam que a morte de Carlos Marighella foi deliberada, numa emboscada, depois de já se encontrar sob o domínio dos agentes do poder público e em local transformado, pelo grande efetivo de homens armados, numa verdadeira "extensão" de dependência policial.

O processo foi instruído com farta documentação sobre a história política e a morte do líder comunista: reportagens diversas (fls. 27 a 90), laudo pericial de encontro de cadáveres (fls. 92), laudo de exame necroscópico (fls. 154), relatório do DOPS de São Paulo sobre a operacão policial que resultou na sua morte (fls. 158), laudo pericial de arma de fogo, calibre 32, acondicionada em pasta de plástico e apreendida em seu poder (fls.

172), notas taquigráficas do depoimento do delegado Edsel Magnotti, em 1991, dado à Comissão Especial de Desaparecidos Políticos, instaurada pela Câmara Municipal de São Paulo (fls. 178), declaração escrita de Yves (Ivo) do Amaral Lesbaupin, um dos padres dominicanos presos e usados para atrair Marighella ao local dos fatos (fls. 198), correspondência firmada por presos políticos que se encontravam na carceragem do DOPS no dia da operação policial (fls. 199), além de extratos de livros e acervo fotográfico.

Após a distribuição do processo, foram encaminhados diretamente ao relator os seguintes documentos: (1) "Relatório das circunstâncias da morte de Carlos Marighella", firmado por Iara Xavier Pereira e Criméia Alice Schmidt de Almeida, que acrescenta aos autos o parecer médico legal do Prof. Nelson Massini, instruído com 14 fotos e páginas de livros de Medicina Legal, além do atestado de óbito; (2) Novo depoimento, gravado e transcrito, de Yves do Amaral Lesbaupin a membros desta Comissão Especial; (3) Pronunciamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil recomendando o deferimento do pedido formulado pelos familiares; (4) Memorial subscrito pelos ilustres advogados Samuel Mac Dowell de Figueiredo e Marco Antônio Rodrigues Barbosa, que passam a representar os requerentes, sustentando a adequação do caso concreto ao espírito da Lei 9.140/95 e acrescentando aos autos carta do jornalista Mino Carta e trabalho doutrinário sobre responsabilidade civil do Estado; (5) Moção de apoio da bancada do Partido dos Trabalhadores, da Assembléia Legislativa de São Paulo; (6) Correspondência da Comissão Justiça e Paz de São Paulo, no mesmo sentido; e (7) Depoimento escrito de Antônio Flávio Médici de Camargo.

É juntada, ainda, por determinação do relator e por conter informações relevantes sobre o episódio, cópia da reportagem "Policiais e guerrilheiros contestam laudo", publicada pelo jornal Folha de S. Paulo em 20.05.1996.

VOTO

O fato de Carlos Marighella ter morrido a céu aberto, numa via pública da cidade de São Paulo, e, segundo a versão oficial, durante enfrentamento armado com agentes da polícia política; e o fato de Carlos Marighella ter sido um dos expoentes da luta armada no Brasil, homem de liderança inequívoca, cuja atuação inspira da veneração ao mais veemente repúdio, geram um debate marcado, muitas vezes, pelos traços inconfundíveis da paixão.

Não cabe à Comissão Especial, contudo, julgar a conduta de Marighella ou de seus seguidores. Basta que seja reconhecido o caráter político de suas ações, motivadas, não por interesses pessoais, mas por um projeto de transformação do país – e disso, ninguém discorda.

A solução da controvérsia é de natureza técnica e envolve a análise, em primeiro lugar, da abrangência teórica do dispositivo legal a ser aplicado.

Com efeito, o art. 4°, inc. 1, letra *b*, da Lei 9.140/95, estabelece como atribuição da Comissão Especial proceder ao reconhecimento de pessoas "que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 02.09.1961 a 15.08.1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas".

Duas interpretações emanam do dispositivo. Uma restritiva, que admite apenas o reconhecimento de pessoas mortas em base física fechada, apta para nela conter quem estiver detido. E outra, mais abrangente, permite o reconhecimento de pessoa morta, em locais diferentes dos estabelecimentos especificamente utilizados para o encarceramento

ou o interrogatório de presos políticos, desde que as circunstâncias indiquem que a vítima já se encontrava sob o domínio de agentes do poder público.

A própria Comissão Especial reconheceu, registre-se, a legitimidade da interpretação mais abrangente ao conceder a indenização para casos de morte que ocorreram em locais que dificilmente se harmonizariam com o conceito restritivo e meramente literal de "dependências policiais ou assemelhadas". É o que aconteceu, por exemplo, no exame dos processos relacionados com a chamada "chacina da Lapa".

A Lei 9.140/95 (art. 2°) tem o cuidado de estabelecer que a aplicação dos seus dispositivos deve se orientar pelos princípios da reconciliação e da pacificação nacional, expressos anteriormente pela anistia, sem retaliações de qualquer natureza. A exposição de motivos do Ministro da Justiça ao Presidente da República, que acompanhou o texto do anteprojeto, salienta que "a proposição é impulsionada no sentido de resolver um assunto penoso na perspectiva de que as paixões devem ceder lugar a sentimentos edificadores".

A exposição de motivos lembra que houve graves excessos na repressão política. De fato, o regime instalado em 64, sob o pretexto de combater a subversão, delegou mais e mais poderes, eliminou mecanismos tradicionais de controle e situou os seus agentes de segurança num patamar acima da lei. Formou-se, assim, um núcleo de poder policial e paramilitar sem freios institucionais, capaz de, impunemente, intimidar, seqüestrar, torturar, matar e fazer desaparecer.

Não é o caso, tendo em vista os estreitos limites dos trabalhos dessa Comissão Especial, de se investigar a origem da violência política. Norberto Bobbio lembra que a violência originária é sempre, para cada um dos lados envolvidos, a do outro...

A ilegitimidade da violência arbitrária dos agentes do poder público, por outro lado, não desaparece pelo espectro de um estado de guerra interna. Outros países souberam enfrentá-la nos limites da legalidade, com a imposição de punições severas e até com a supressão de liberdades públicas intocáveis em tempos de normalidade. Mesmo em tempos de guerra externa, as regras existem, inclusive de Direito Internacional, e obrigam uma conduta de respeito à integridade física do inimigo detido. Se os componentes psicológicos de um estado de guerra podem eventualmente dissolver o elemento subjetivo da conduta, não fazem desaparecer os excessos praticados nem a responsabilidade objetiva de repará-los.

Muito embora a exposição de motivos não faça referência específica ao dispositivo sob exame, o fundamento para a indenização dos familiares dos desaparecidos serve de orientação, como autêntico paradigma, para o exame dos casos de indenização dos familiares dos mortos oficiais. Vejamos o raciocínio e a motivação do anteprojeto:

"(...) Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram. Tal circunstância serve de embasamento ético jurídico para o Estado, como entidade perene e acima dos governos ou regimes, responsabilizar-se e procurar reparar o procedimento danoso de seus agentes, independentemente da motivação que tenha determinado suas condutas. Objetivamente, os representantes do Estado ou investidos de seus poderes não poderiam ter o comportamento materializado por atos e procedimentos que afrontaram leis, mesmo as de exceção então vigorantes".

É preciso registrar que, assim como os familiares dos desaparecidos, os famili-

ares dos mortos oficiais enfrentaram um sofrimento inadmissível. Como salienta a exposição de motivos, "os restos mortais merecem sepultura". Muitos foram enterrados como indigentes, sem inscrição dos seus nomes, ou suas covas foram fechadas sob a mira de metralhadoras, não sob o olhar de mulher e filhos. Foram enterrados sem o respeito que se deve aos mortos. Tais circunstâncias também fazem transparecer o direito subjetivo dos beneficiários da lei. E seria ingênuo esquecer que, em muitos casos, os corpos só não desapareceram por mera falta de oportunidade.

A premissa maior é: "deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram". Os que não foram guardados, apesar de detidos, e sim executados, também merecem o reconhecimento. A ilicitude dirigida ao inimigo político, que culmina com a sua morte ou o com seu desaparecimento, é, portanto, a conduta administrativa que enseja o ato de reparar.

Com efeito, não faria sentido, tendo em vista os objetivos que motivaram a edição da Lei 9.140/95, recusar a indenização, desde que presentes os outros requisitos, no caso hipotético de alguém dominado pelos agentes do poder público e covardemente executado, sem julgamento e em praça pública, só porque os policiais optaram por eliminar a pessoa e não por conduzí-la para o espaço de uma base física fechada, como uma delegacia ou um quartel. Não faria sentido, também, negar a indenização para os familiares de um perseguido político arbitrariamente retirado do local em que se encontrava preso, para ser fuzilado por quem tinha o dever de custodiá-lo, só porque o assassinato ocorreu, por exemplo, num matagal da periferia da cidade e não em uma base física fechada. Não faria sentido, ainda, negar a indenização só porque a morte do perseguido político, causada pela tortura, tenha se consumado em sua própria residência, que poderia ser definida com uma base física fechada, mas não "assemelhada" a "dependência policial".

Estamos, na verdade, diante de um conceito eminentemente político, não territorial. Quando a lei estabelece "dependências policiais ou assemelhadas" não está se referindo só a obras de engenharia, como prisões, prédios policiais, militares, ou mesmo prédios privados, eventualmente utilizados pelos órgãos de segurança, mesmo porque, como se sabe, o abuso repressivo ultrapassou estes limites físicos.

O vocábulo "dependência", mesmo admitindo que não tenha sido esta a intenção mais íntima do legislador – e não importam as razões pessoais –, é meramente referencial e assume, historicamente, um sentido mais amplo. Ser "dependente" é "estar sujeito" a algo. Como ensinam os dicionários, "dependência", além de "edificação", significa também "sujeição", "insubordinação". Assim, é legítimo estender a sua aplicação para as situações em que a pessoa estava, de algum modo e irreversivelmente, sob a custódia ("sujeito", "subordinado") dos agentes do poder público – , e por isso, ou apesar disso, morreu.

Registre-se que o Código Penal Militar, editado em 21.10.1969, consagra o sentido de "sujeição", de "subordinação", ao vocábulo "dependência" quando define o crime de provocação indireta ao suicídio: "Com detenção de um a três anos, será punido quem, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém sob sua autoridade ou dependência, levando em razão disso, à prática de suicídio" (art. 207, §2°).

Admitir que a intenção do legislador era discriminatória em relação a este ou aquele perseguido político em especial, é admitir que o vício da inconstitucionalidade a contamina. Se a lei afirma o dever de reparar a ilicitude que culminou

com o desaparecimento ou com a morte de perseguidos políticos, não poderia excluir, arbitrariamente, algumas vítimas dessa mesma ilicitude, pela circunstância, absolutamente marginal, de o evento ter ocorrido fora dos limites físicos de uma delegacia ou de um quartel.

A interpretação mais abrangente não é apenas mais generosa, é tecnicamente mais adequada ao espírito que motivou a edição da lei e mais adequada ao ambiente político atual. É preciso virar a página desse triste período da história brasileira e não faz sentido deixar de lado, por simples apego à literalidade, um pequeno resíduo de vítimas fatais da violência política arbitrária.

A interpretação mais abrangente não tem inspiração exclusiva no passado. É legítimo esperar do poder público, no presente e no futuro, estrita obediência à lei sempre que se afigurar a necessidade de repressão aos crimes, políticos ou comuns, organizados ou não, por mais hediondos que se apresentem para a sociedade, mesmo que o infrator tenha assumido, subjetivamente, para a consecução de seus propósitos, o risco de perder a própria vida. A Lei 9.140/95 tem a virtude política de advertir os agentes do Estado, e a própria população brasileira, para o império de uma ordem fundada em princípios éticos: é uma autêntica declaração de "nunca mais".

Não é tudo. Além da interpretação mais abrangente guardar coerência gramatical e sistemática, como se viu acima, ela guarda coerência jurídica com a jurisprudência dos tribunais brasileiros. É preciso exigir eficiência do sistema de segurança pública e por eficiência se entende a detenção do infrator, não a sua eliminação arbitrária. A propósito, o memorial dos requerentes traz um precedente que merece ser citado: "Indenização – Responsabilidade civil do Estado – Homicídio praticado por policiais militares – Admissibilidade – Diligência policial que foi mal sucedida, não detendo o perseguido, mas sim o matando – Estado que não demonstrou a culpa exclusiva da vítima (...). Ante a responsabilidade objetiva do Estado, sempre que ocorra mau funcionamento do serviço público, e sendo óbvio que a morte de perseguido por policiais não corresponde ao objetivo legítimo da perseguição, que consiste em deter o que tenha praticado o crime, ou seja suspeito disso, caberia a ré, para elidi-la, ter demonstrado a culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso".

Decorre de todo o exposto, que os limites da reparação prevista pela Lei 9.140/95, para o caso dos mortos, é o da legalidade da ação dos agentes do poder público. Por isso, a reparação não alcança casos de efetivo enfrentamento. Numa situação de troca de tiros, por exemplo, não se poderia deixar de exigir do agente do poder público, sem eventuais excessos dolosos ou culposos, o estrito cumprimento do dever legal, nem se esperar uma conduta diversa da reação armada capaz de conter proporcionalmente a agressão, ainda que o resultado seja fatal.

Estabelecido o pressuposto de que o art. 4°, inc. 1, letra *b*, da Lei 9.140/95, permite o reconhecimento de pessoas mortas, que estavam sob a custódia de agentes do poder público, por motivos políticos, no período mencionado, independentemente de restrições de ordem territorial, é preciso verificar as circunstâncias concretas de cada morte.

Depois de 27 anos, ainda permanece uma nuvem de incertezas em torno da morte de Carlos Manighella. Várias destas incertezas, porém, não são importantes para os trabalhos da Comissão. Como os agentes policiais obtiveram as informações que permitiram se aproximar do fundador da ALN, por exemplo, é uma controvérsia que pode interessar aos historiadores, mas que não interfere diretamente no julgamento do pedido.

É de ser considerada como versão oficial da morte de Carlos Marighella a constante do relatório do DOPS, que serviu de fundamento para a promoção dos agentes policiais por "bravura", datado de 9 de novembro de 1969, ou seja, cinco dias após o evento (fls. 159). A descrição é minuciosa e especifica o papel desempenhado por cada policial. O texto esclarece que o DOPS começou se aproximar do objetivo, em 27 de setembro, com a prisão de guerrilheiros da ALN, o que permitiu a prisão de Paulo de Tarso Wenceslau; que por intermédio dele tornou-se conhecida a ligação de Marighella com dominicanos, particularmente com os padres Ivo e Fernando; que as investigações desenvolvidas indicaram que o próprio Convento dos Dominicanos, em Perdizes, zona oeste de São Paulo, era "usado como base fixa da organização de MARIGHELLA" e que estava sendo preparado um encontro entre eles; que os dois padres foram seguidos e presos no Rio de Janeiro, onde confessaram seu envolvimento com uma autêntica rede de sustentação da ALN; que os dois foram levados para São Paulo e que se desencadeou uma onda de prisões no dia 3 de novembro; que no dia 4, padre Fernando foi levado para a livraria "Duas Cidades" para aguardar uma ligação telefônica; que as 16h30 o telefone tocou: "É DA PARTE DO ERNESTO. HOJE ELE IRÁ À GRÁFICA ÀS 20h30 HORAS"; que "Ernesto" era Marighella e que a "gráfica" era o endereço cifrado da Alameda Casa Branca, altura do nº 800; que a operação foi preparada em poucas horas e mobilizou sete equipes policiais, distribuídas em vários veículos: um "carro-piloto", Chevrolet, ocupado por Fleury, um investigador e duas investigadoras (uma das quais foi morta por um disparo de arma de fogo), fingindo-se de casais de namorados; um "carro-assalto" com 6 ou 8 policiais (fls.165 e 171) e o cão Átila, escondidos sob uma lona e encarregados de prender Marighella; dois carros comuns, VW, com 8 policiais, para dar cobertura ao "carro-assalto" e fechar o cruzamento das alamedas Lorena e Casa Branca; um VW, com 4 policiais, no interior de um estacionamento localizado a poucos metros do "carro-piloto"; um VW, com 3 policiais, para fechar a rua Tatuí, na esquina da alameda Casa Branca; um VW, com 4 policiais, para fechar o cruzamento da rua José Maria Lisboa com a alameda Casa Branca; que os freis Ivo e Fernando chegaram ao local, em outro VW, discretamente escoltado, e estacionaram no local combinado, em frente ao número 806 da alameda Casa Branca, e que, no outro lado da rua, o "carro-piloto" e o "carro-assalto" já esperavam; que Marighella chegou, recebeu voz de prisão, tentou sacar uma arma e houve um "cerrado tiroteio".

O ponto nevrálgico do episódio reside no momento culminante da operação policial, ou seja, no exato instante em que Carlos Marighella é mortalmente alvejado, durante o encontro com os dois padres dominicanos. Vejamos como o relatório do DOPS descreve a ocorrência:

(...) "Tudo estava pronto às 19,45 horas e, cinco minutos depois, os ocupantes do carro-piloto (Dr. Fleury, João Lopes e as investigadoras) observaram a aproximação de um mulato, de 1,75 metros, 30 anos, com entradas no cabelo, de porte atlético, trajando roupa esporte, logo identificado como sendo um dos guarda-costa de MARIGHELLA. Caminhou lentamente pelo trecho, olhando para o carro-piloto e o dos clérigos, além de voltar os olhos para os edifícios em construção alí existente, permanecendo, assim, examinando o local durante dez minutos, após o que julgando não haver risco para seu chefe, desceu a pé pela Alameda Casa Branca, no sentido cidade-bairro, desaparecendo no cruzamento com a Alameda Lorena.

"Minutos depois, por volta das 20,00 horas surgiu CARLOS MARIGHELLA, com seu disfarce, de peruca preta, a pé, em sentido oposto ao de seu capanga, pela calçada fronteiriça ao carro dos religiosos, caminhando até atingir a altura desse veículo, ocasião em que cruzou a via pública e entrou no Volkswagen, sentando no banco traseiro".

"Trajava roupa esporte e portava uma pasta preta, onde, segundo informações sempre conduzia o revólver e granadas de mão".

"Nesse momento, pelos aparelhos monitores de transmissão) o Bel. SÉRGIO FERNANDO PARANHOS FLEURY transmitiu a ordem para que todas as viaturas ocupassem suas posições e, concomitantemente, deu vóz de prisão a CARLOS MARIGHELLA, determinando-lhe que saísse do veículo com as mão para cima".

"De acordo com os entendimentos prévios, os Freis Femando e Ivo deixaram o Volkswagen, mas CARLOS MARIGHELLA, vendo-se cercado pelos policiais, tentou resistir procurando abrir a pasta, ocasião em que foram feitos disparos, principalmente contra sua mão esquerda, dois dos quais o atingiram em região mortal".

"Nesse ínterim, havia eclodido cerrado tiroteio entre os elementos da segurança de MARIGHELLA e os integrantes das equipes que guarneciam os cruzamentos, isolando o local, em meio ao qual, em alta velocidade, na direção bairro-cidade, surgiu um automóvel marca Buick, que rompendo o cerco avançou, apesar dos gritos de advertência, dando a nítida impressão de ser do pessoal do MARIGHELLA, motivo porque foi metralhado, falecendo o seu ocupante FRIEDRICK ADOLF ROHMANN, residente na Rua Flórida, 135 em Sto. Amaro".

"No tiroteio entre policiais e elementos da proteção de CARLOS MARIGHELLA, a investigadora STELA BORGES MORATO recebeu um tiro no crânio, que Ihe ocasionou a morte no dia 7 do fluente, e o Bel. RUBENS CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA foi ferido, a bala, na parte superior da perna esquerda, em razão do que se acha internado no Hospital D. Pedro II, não oferecendo o seu estado aparente risco de vida".

"Com a fuga precipitada dos terroristas não identificados, que faziam a cobertura à CARLOS MARIGHELLA, em uma caminhonete marca Ford, sem placa, de cor vermelha, acabou o tiroteio, sendo as vítimas socorridas e o local preservado para os exames técnicos, tendo sido liberado somente por ordem do General Sílvio Corrêa, Delegado Regional da Polícia Federal em São Paulo, que lá compareceu pessoalmente".

"Eis, Senhor Diretor, o que me foi possível depreender dos entendimentos verbais que mantive com o Bel RUBENS CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA, todos os Delegados e de mais policiais da Especializada de Ordem Social, que trabalharam no evento. (...)". (SIC – pág. 9 e 10 do relatório).

É preciso confrontar a versão oficial com outros elementos dos autos, para a verificação de sua credibilidade, particularmente no que se refere à aproximação de Marighella, ao tiroteio e à sua morte.

As reportagens da época constituem material importante de consulta porque a fonte das informações publicadas foi, evidentemente, a própria polícia. O que se depreende da análise desse material é que a imprensa foi avisada, imediatamente, da morte de Marighella, e teve acesso ao próprio local dos fatos (por volta das 21 horas, segundo reportagem de fls. 31). Pôde, inclusive, fotografar o corpo tombado. Se não existiam condições políticas para a realização de um jornalismo independente, fica claro que todas as facilidades foram concedidas

para que a versão oficial desse episódio fosse difundida, inclusive como um indisfarçável instrumento de propaganda, seja para coroar a operação de êxito, seja para transmitir ao país uma mensagem de otimismo e de segurança.
Assim, por exemplo, os detalhes antecedentes da operação, que aliás coincidem com as informações do relatório do DOPS, foram desde logo revelados aos órgãos de comunicação: a prisão de Paulo de Tarso Wenceslau Filho, a prisão e a confissão dos padres Ivo e Fernando no Rio de Janeiro, o telefonema para a livraria "Duas Cidades"; enfim, todos os passos antecedentes ao encontro de Marighella com os padres fazem parte do noticiário (fls. 38 a 42). No entanto, as informações obtidas pelos jornalistas e relacionadas com o enfrentamento propriamente dito, também publicadas nas edições dos jornais dos dias subseqüentes, divergem entre si e, em vários aspectos, da versão oficial inscrita no relatório.

Além das reportagens, há outros documentos úteis ao confronto, como o laudo do perito que fez o levantamento de local, colhendo informações, pelo que se depreende de sua leitura, poucas horas depois do tiroteio.

O relatório do DOPS permite deduzir que ocorreram naquela noite dois tiroteios independentes: um dirigido a Marighella, que tentava abrir a pasta para sacar a arma, e, "nesse ínterim", um outro tiroteio, "entre os elementos da segurança de Marighella e os integrantes das equipes que guarneciam os cruzamentos isolando o local, em meio ao qual, em alta velocidade, na direção bairro-cidade surgiu um automóvel marca Buick (...) metralhado".

É importante lembrar, que desse segundo tiroteio, descrito, aliás, com acentuada economia de detalhes, ao contrário das fases anteriores de toda a operação policial, relatadas com riqueza de pormenores, resultou a morte do dentista alemão e da investigadora, e o ferimento no delegado Tucunduva. As informações dos autos permitem concluir que os tiros desferidos contra Marighella precederam à alegada troca de tiros entre os policiais e os seguranças, ainda que seja por poucos instantes. O relato de um morador fornece a única informação disponível, da época, e, aparentemente, não oriunda das forças policiais:

"Eram exatamente 8 horas. Eu ia começar a assistir o jogo de futebol quando ouvi um estampido. Meu filho, a princípio, pensou que fosse um foguete e disse: "Começou o jogo". Eu logo percebi que era um tiro. Logo em seguida uma rajada de metralhadora e mais outras duas ou três, depois..." (fls. 37). O morador percebeu a diferença sonora entre tiro e rajada, compatível com o fato de Marighella não ter sido atingido por disparos de metralhadora, diferentemente do dentista alemão.

Os jornais também dividiram a ocorrência em duas fases distintas. Segundo a reportagem de fls. 31, "os primeiros tiros foram seguidos de intensa fuzilaria...", completando que, nesse instante, surgiu o "Pontiac preto", cujo motorista desobedeceu a ordem para parar e foi atingido. A reportagem de fls. 34, a mais completa, descreve que depois de ser alvejado, "os elementos de segurança de Marighella – o DOPS calcula que eram 13 – comaçam a atirar contra os policiais". A versão é corroborada pela entrevista dada pelo próprio Delegado Tucunduva, naquela mesma noite, no Hospital em que foi internado (fls. 36):

"Quando o tiroteio começou, os que estavam (...) perto do Marighella, avisaram pelo rádio: "É agora". Então avancei com meu carro e interrompi o trânsito (...) Sai e comecei a caminhar. Tinha o meu revólver na mão... Tinha dado uns 20 passos quando o tiro me atingiu. Cai e comecei a atirar contra o sujeito que me acertou. Acho que era um dos homens da segurança."

Do relato também se deduz que houve um intervalo de tempo entre os dois acontecimentos. Ou ele não estaria caminhando, desprotegido, pelo meio da rua...

O registro da imprensa, em relação a esse segundo tiroteio, é contraditório, como se a versão oficial ainda não estivesse definitivamente montada. Assim, em relação à quantidade de seguranças de Marighella, por exemplo, enquanto o Jornal da Tarde (fls. 34) registra a presença de 13 guerrilheiros, como uma estimativa do DOPS, o Jornal do Brasil dá um número bastante diferente: "seus dois companheiros reagiram a tiros, matando a investigadora..." (fls. 32).

O relatório não aponta o local desse segundo tiroteio, se foi na esquina abaixo ou na esquina acima do carro ocupado pelos padres. O exame do croqui de fls. 171 evidencia que dele não poderiam ter participado, ao mesmo tempo, todas as equipes envolvidas no cerco e distribuídas pelas duas extremidades do quarteirão. Caso contrário, os padres, Fleury e todos os policiais ocupantes do "carro-piloto" e do "carro-assalto" ficariam em meio a um verdadeiro fogo cruzado, ou melhor, no centro de um cerrado tiroteio", oriundo dos próprios policiais. Seria um desatino.

Em 6 de novembro, aparece nos jornais uma nova versão, registrando, agora, a ocorrência de dois tiroteios simultâneos, um em cada extremidade do cerco. São reportagens importantes porque foram elaboradas no dia seguinte, com um dia a mais para a apuração jornalística. A edição da Folha de S. Paulo (fls. 42) explica:

"Na parte de cima, a cobertura de Marighella que estava a pé, saltou muros e seus componentes fugiram. Na parte de baixo, também houve troca de tiros e os elementos da segurança de Marighella fugiram numa camionete vermelha. Quando mais intenso era o tiroteio, um "Buick" preto surgiu...

Essa versão de dois tiroteios simultâneos, um em cada esquina, está delineada, também, na edição do Jornal da Tarde de 6 de novembro (fls. 47). O texto traz informações inéditas e que fariam parte, com fidelidade, do relatório do próprio do DOPS, datado do dia 9 de novembro (as prisões, o telefonema à livraria, os veículos envolvidos na operação, a função de cada um, os horários, a chegada dos padres, o guarda-costas, a aproximação de Marighella, etc.). Uma versão oficial começava a tomar corpo e a se disseminar pelos jornais, mas o tiroteio permanece como parte dissonante, o mesmo tiroteio que, estranhamente, não foi detalhado no relatório do DOPS. Para o Jornal da Tarde os policiais explicaram que:

"Os encarregados da segurança de Marighella, na parte de cima da alameda Casa Branca, fugiram atirando contra a polícia. A equipe de assalto, encarregada de prender Marighella, estava tranqüila, sabia que estava sendo protegida pelo lado e pela costas. Uma camioneta Ford vermelha, sem chapa, fugiu. O motorista de um carro Buick preto avançou, subindo a Casa Branca... Alguns tiros de advertência para cima e tiros no pneu traseiro. Quando o Buick parou, o homem que o dirigia estava morto, fuzilado." Há um outro desencontro de informacão. O relatório do DOPS afirma que Marighella chegou à pé, caminhando em direção à rua Tatuí, no sentido bairro-centro. Registra também que os seus seguranças fugiram, durante o tiroteio, numa camionete vermelha, sem placa. Diferentemente, a reportagem de fls. 41, diz que Marighella chegou num "furgão" e que os "terroristas" que o acompanhavam "conseguiram fugir no furgão". Ocorre que o laudo de encontro de cadáveres, para cuja realização foram obtidas informações poucas horas depois dos fatos, relata, em parte, esta mesma circunstância, que não integra a versão posteriormente difundida: diz que

Marighella chegou numa camionete (fls. 94). Mais do que isso, o perito fotografou o automóvel em que Marighella teria chegado para o encontro, estacionado na própria alameda Casa Branca, bem perto do veículo onde ele morreu (fls. 106 e 108), mas não o examinou, apesar do inegável interesse pericial, por se encontrar depois, nas suas próprias palavras, em "lugar incerto e não sabido".

Pode ser apenas uma anotação equivocada do perito, mas pode ser também uma informação recebida de policiais que participaram da operação. A existência de tal veículo se encaixaria com a versão de que os seguranças teriam fugido numa camionete, indicando, ainda, que os seguranças de Marighella estariam dentro da zona de cerco policial, a poucos metros das equipes encarregadas da abordagem, o que reforçaria a tese de um "cerrado tiroteio". Só que a permanência da camionete no local conspiraria contra a versão de que os seguranças fugiram na tal camionete...

Ou seria esta uma outra camionete, o que indicaria que Marighella e seus seguranças usavam duas camionetes? Ou a camionete fotografada pelo perito era a camionete designada como "carro-assalto" pela versão oficial? Mas, então, por que ela foi apontada pelos policiais como sendo o carro em que Marighella chegou? Ou o perito teria se confundido em relação a um detalhe tão essencial, a ponto de repetir, por pelo menos mais três vezes (na legenda das fotos e no croqui do local), que esta seria a camionete em que Marighella chegou? E por que este carro desapareceu, misteriosamente, tanto da rua como da versão oficial?

Afinal, por que o relatório do DOPS não inclui uma versão acabada e minimamente precisa do tiroteio ocorrido à margem dos disparos desferidos contra Marighella? As evidências apontam para uma outra hipótese, diferente da versão oficial. Pelos elementos dos autos, pode-se concluir que esse tiroteio com os seguranças de Marighella não aconteceu.

Em primeiro lugar, é difícil imaginar Carlos Marighella, certamente o homem mais procurado do Brasil, o inimigo número 1 do regime, andando em bando, acompanhado de uma dúzia de guerrilheiros, como um Lampião, em região nobre da cidade de São Paulo... Ele vivia na mais profunda clandestinidade, a tal ponto, como informa Jacob Gorender, em "Combate nas Trevas", de não ter tido conhecimento prévio do seqüestro do embaixador dos Estados Unidos, Charles Burke Elbrick, realizado dois meses antes e com a participaçao da própria ALN.

O depoimento escrito de Antônio Flávio Médici de Camargo é mais uma indicação de que tal tiroteio não ocorreu. Revela ter sido "ponto de apoio" de Marighella em São Paulo e autor do já mencionado telefonema à livraria "Duas Cidades". Além do telefonema, o declarante esclarece ter recebido a incumbência de apanhar Marighella às 20h30, na rua Oscar Freire, em local próximo à esquina com a alameda Casa Branca, depois de realizado o encontro com os padres. Diz que chegou antes da hora combinada e que se dirigiu a um bar, nas proximidades, para tomar um chope e gastar o tempo. Diz que, ao perceber uma movimentação incomum na alameda Casa Branca, caminhou rua acima, quando soube que Marighella estava morto. Ora, se Marighella contasse com o poderoso esquema de segurança descrito para a imprensa e no relatório do DOPS, seria desnecessária a tarefa atribuída ao declarante, de apanhá-lo, poucas quadras abaixo, meia hora depois do encontro.

A informação de que Marighella estava desacompanhado de seguranças foi confirmada recentemente por declarações de Rubens Pacheco de Souza, inte-

grante de uma das equipes da operação (fls. 165), publicadas em 20.05.1996 pelo jornal Folha de S. Paulo: "Fora o Marighella, não vi ninguém".

Em segundo lugar, se de fato tivesse acontecido o tiroteio simultâneo, nas duas esquinas da alameda Casa Branca, com a Lorena e com a Tatuí, com certeza haveria vestígios nos dois pontos de combate, como mortos ou feridos, danos em veículos, prédios, etc.. Mas nada, nada foi registrado pela Polícia Técnica ou pelos jornais que pudesse servir de evidência para o suposto tiroteio na esquina com a Lorena. Os guerrilheiros pularam um muro e fugiram. Quantos? Como? Onde?

Sinais de tiros só foram encontrados nos veículos em que Marighella, a investigadora e o dentista alemão foram atingidos e no VW encontrado na esquina da rua Tatuí e provavelmente ocupado antes pelo delegado Tucunduva.

É importante conhecer o local dos fatos. A alameda Casa Branca tinha, na época, mão única de direção no sentido bairro-centro, ou seja da alameda Lorena em direção, primeiro, à rua Tatuí e, depois, à rua José Maria Lisboa. É um aclive. O dentista alemão invade o teatro de operações, passando pelos policiais responsáveis pelo cerco no cruzamento da alameda Lorena, pelo local específico da morte de Marighella (Ele já havia sido atingido ou estava sendo atingido?) e pelo próprio delegado Fleury, pelos policiais que o acompanhavam. É metralhado. Os peritos encontraram o seu carro, o Buick preto, parado, na esquina com a rua Tatuí, ao lado do VW provavelmente usado antes pelo delegado Tucunduva para obstruir o trânsito, depois que recebeu a ordem de tomar posição e de ouvir a primeira fase do tiroteio. A situação está fotografada às fls. 106. Outra equipe policial, formada por quatro policiais, interditava o cruzamento, pouco acima, da rua José Maria Lisboa.

O que aconteceu exatamente naquela noite, não se sabe. A comparação do croqui que instrui o relatório do DOPS (fls. 171), indicando a posição dos veículos antes da chegada de Marighella, e do croqui que instrui o laudo de levantamento de local, indicando a posição dos veículos depois dos fatos, com a descrição dos danos causados pelos tiros (fls. 96 a 99), permite concluir que os disparos partiram dos próprios policiais, que, possivelmente, imaginaram que o motorista do Buick preto era homem da proteção de Manighella. A reportagem de fls. 47, muito precisa em relação às outras informações constantes do relatório do DOPS, registra que neste instante os policiais deram "alguns tiros de advertência para cima e tiros no pneu traseiro". Se miraram no pneu traseiro, estes policiais atiraram, evidentemente, depois da passagem do Buick, ficando claro que os autores destes disparos foram os policiais das equipes pelas quais ele já havia passado. Entre estes policiais, que abordaram Marighella, liderados pelo delegado Fleury, e o carro do dentista alemão, está, no mesmo alinhamento, o "carro-piloto", no interior do qual foi atingida a investigadora. Ao lado do Buick preto parado no meio da rua, estava o veículo provavelmente usado pelo Delegado Tucunduva, atingido por disparos vindos da direção do grupo de policiais que vinha da José Maria Lisboa. O delegado, também ferido, com um tiro na perna, estava igualmente nas linhas de tiro. A descrição dos danos sofridos pelos veículos é estranhamente lacônica e o laudo não foi instruído com fotos detalhadas das perfurações encontradas, mas é compatível, de qualquer maneira, com a idéia do tiroteio oriundo de três das equipes policiais: uma pelas costas, outra pela frente, outra pela esquerda, em relação ao Buick preto.

O único elemento da suposta segurança de Marighella, especificamente identificado no relatório do DOPS, é a pes-

soa que teria feito o reconhecimento anterior do local, antes da sua aproximação. Mas esta pessoa, como o próprio relatório informa, "desceu a pé pela Alameda Casa Branca, no sentido cida-de-bairro, desaparecendo no cruzamento com a Alameda Lorena". Ou seja, "desapareceu" e dele não se teve mais notícia. E "desapareceu" numa extremidade da quadra onde não foram encontrados vestígios de tiroteio.

As evidências não apontam para uma troca de tiros entre policiais e guerrilheiros, como afirma a versão oficial. Indicam que houve um único tiroteio (além do desferido contra Marighella), e que o mesmo tinha como alvo o Buick preto que atravessava o teatro de operações e que, por estarem na linha dos tiros, dois policiais foram também atingidos.

A versão de um "cerrado tiroteio" com os guerrilheiros (a imprensa usava expressões similares, como "tiroteio intenso" ou "violento"), isentava de erros a operação repressiva, toda ela coberta de glórias. Aceita esta versão, não seriam levantadas objeções – como de fato não foram levantadas –quanto aos eventuais excessos praticados pelos policiais, que determinaram, como incômodo resultado, a morte de um dentista estrangeiro, absolutamente estranho à subversão, e de uma investigadora admitida nos quadros da polícia de São Paulo havia menos de um mês (fls. 49 e 62) e, portanto, sem qualquer experiência que justificasse a sua presença no local.

Superada a controvérsia do tiroteio com os guerrilheiros, fato inexistente, como apontam os indícios e a análise da prova técnica, é preciso verificar as contradições da versão oficial em relação à morte de Carlos Marighella. Se não bastasse todo esse incrível desencontro de informações, o delegado Edsel Magnotti, que integrou uma das equipes encarregadas de dar cobertura ao "carro-assalto" (fls. 165), prestou, em 1991, um depoimento à CEI da Camara Municipal de São Paulo, que gera ainda mais incerteza. O delegado não se lembrou da versão oficial e simplesmente criou um novo final para o embate. Disse que quando Marighella se sentou no banco traseiro do carro e viu a correria de policiais, "abriu o ziper e segurou a arma" e que "na hora em que ele pegou a arma o policial que chegou primeiro atirou". Interpelado, Magnotti é taxativo: "Ele morreu com a arma na mão" (fls. 182/183).

Se as contradições da versão oficial com o material da imprensa não são suficientes para afastar a alegação de que Marighella reagiu e que por isso foi alvejado pelos policiais do DOPS, elas servem para demonstrar que, nos dias subseqüentes aos fatos, as informações apuradas pelos jornalistas eram estranhamente desencontradas.

A rigor, não é de agora que se contesta a versão oficial. O advogado Mario Simas, em 1971, já assegurava, perante a Justiça Militar, que a morte de Marighella não acontecera da forma descrita pelo DOPS. Os argumentos podem ser encontrados em seu livro "Gritos de Justiça" e também em "Batismo de Sangue", de Frei Betto.

Em primeiro lugar, há uma grande controvérsia em torno do local exato em que Marighella foi atingido dentro ou fora do VW ocupado pelos padres?

A versão oficial é negada pelo padre Ivo em seu depoimento de fls. 198: diz que quando Marighella chegou, sozinho e a pé, ele e padre Fernando foram retirados do carro por policiais e jogados no chão", que "os policiais abriram fogo sobre Marighella" e que ele "não teve tempo de reagir". Em seu segundo depoimento, padre Ivo confirma o anterior e fornece alguns detalhes: não viu Marighella ser atingido nem viu o seu corpo posteriormente; diz que quando foi retirado do carro pelos policiais, Marighella ainda estava no meio da tra-

vessia da rua. Depreende-se disso, que Marighella não teria sido morto no interior do VW, mas no meio da rua, o que, aliás, confirmou em recente entrevista concedida ao jornal Folha de S.Paulo.

A mesma reportagem, em contrapartida, revela que a informação de padre Ivo é negada por um dos policiais que faziam parte do "carro-assalto". O investigador Tralli afirma: "Marighella morreu dentro do carro, dou a minha palavra de honra". É negada também por integrantes da ALN que, encontrando-se presos, disseram ter escutado do próprio padre Ivo, no cárcere, dois ou três dias depois, que Marighella havia morrido no carro. Um ex-preso político afirma: "Essa versão de que Marighella morreu fora do carro é para livrar a cara dos frades. Não é isso que eles diziam na cadeia". A versão de padre Ivo é contestada ainda pelo livro "Combate nas Trevas", de Jacob Gorender.

Por outro lado, em correspondência dirigida ao advogado Samuel Mac Dowvell de Figueiredo, o jornalista Mino Carta, diretor da revista Veja na época dos fatos, diz que, no mesmo dia em que Marighella morreu, inúmeros jornalistas sabiam que ele fora vítima de uma "emboscada" e esclarece: "um deles era eu". Depois de se referir à censura e às omissões da imprensa, o jornalista explica:

"... estava muito bem informado por um repórter especial de "Veja", Otavio Ribeiro, dito o Pena Branca, já falecido. Um mestre da reportagem policial. O que ele me contou, naquela noite em que Marighella morreu, já não admitia qualquer dúvida quanto ao fato de que não houve confronto: o líder da ALN foi alvejado fatalmente numa emboscada, sem tempo de sacar uma arma para defender-se. Tombou sobre a calçada e depois o cadáver ensanguentado foi colocado dentro do Volkswagen, em proveito de uma montagem teatral imortalizada numa foto famosa até hoje reproduzida em ocasiões adequadas.

Tendo em vista o tempo decorrido e os componentes dolorosos e psicológicos do caso Marighella, a controvérsia do local da morte, pelo menos em relação ao valor desses testemunhos, parece incontornável.

Contudo, muito embora pareça impossível reconstituir hoje, com exatidão, a seqüência e os detalhes do evento, alguns esclarecimentos são obtidos com a análise da prova técnica e do parecer médico legal do Prof. Nelson Massini, solicitado pelo grupo "Tortura Nunca Mais", e conclusivo no sentido de que a morte de Marighella não corresponde às circunstâncias descritas pela versão oficial.

O relatório do DOPS informa que o local foi "preservado" para os exames periciais (fls. 167), mas esta informação não é exata. Registre-se que o perito relator esclarece ter sido acionado às 21h10 (fls. 93), aproximadamente uma hora depois do tiroteio, tempo suficiente para que o local sofresse interferências.

A primeira evidência de que o local dos fatos não foi devidamente preservado pela polícia é que a pasta de plástico, onde estaria acondicionada a arma de Marighella, segundo a versão oficial, não foi encontrada pelo perito. Depois de arrolar os objetos que apreendeu junto ao cadáver, diz que entregou o produto da arrecadação ao delegado Sérgio Fleury e fez a seguinte observacão: "Adite-se, ademais, que aquela autoridade já havia recolhido a pasta que portava Carlos Marighella" (fls. 100).

Por que o delegado Fleury recolheu a pasta, onde estaria a arma de Marighella, antes de o perito chegar? Por que tais objetos, essenciais para a caracterização da alegada tentativa de reação de Marighella não foram fotografados no local em que estavam depois do tiroteio? Afinal, o próprio perito, no preâmbulo de seu laudo (fls. 93), esclarece ter sido convocado para proceder a exame "em

local de ENCONTRO DE CADÁVERES e resistência a voz de prisão"...

O fato é que o conteúdo da tal pasta não foi examinado pelo perito que compareceu ao local, que, aliás, nenhuma referência fez ao encontro de arma de fogo. E mais estranho ainda: tais objetos, pasta e arma, só foram recebidos no Instituto de Criminalística, para exame, em 26 de novembro de 1969, ou seja 22 dias depois do evento (fls. 173). Por que esse incrível intervalo de tempo entre a apreensão e a remessa para a perícia? Do ponto de vista jurídico e processual, muito embora nunca tenha sido contestada, haveria fundadas razões até para se levantarem dúvidas sobre a veracidade da informação de que Carlos Marighella estaria efetivamente armado naquela noite.

A evidência definitiva de que o local não foi preservado pelos policiais está no parecer do Prof. Massini. O legista analisa a famosa foto de Marighella abatido, no interior do fusca, e esclarece que "a posição do cadáver não é natural e sim forçada, revelando claramente que o corpo foi colocado no banco traseiro do veículo". O legista explica:

"Esta afirmação é baseada nos sinais de tracionamento do corpo para dentro do veículo, revelado pelas rugas da calça e seu abaixamento da cintura, bem como a elevação da camisa indicando que o corpo foi puxado pela mesma. Ainda com respeito a observação da foto n° 01, podemos verificar que o corpo jamais teria caído para dentro do veículo na posição em que se encontrava pela posição dos pés, que indicam que a vítima estava fora do veículo".

De fato, o observador leigo pode verificar que a posição do corpo foi alterada. Marighella não morreu naquela posição.

O laudo revela, ainda, uma incompatibilidade entre os ferimentos sofridos por Marighella e as perfurações encontradas no veículo: "os projéteis que atingiram de forma lateral o corpo do Sr. Carlos Marighella não tem correspondente na lateral do veículo por ele utilizado". Realmente, Marighella recebeu um projétil que atravessou a glútea direita e a glútea esquerda. Estivesse ele sentado no banco traseiro do veículo no momento do disparo, como sustenta a versão oficial, haveria, pelo menos, a perfuração correspondente de entrada do projétil, na lateral direita do veículo. Tal perfuração não existe (fls. 96/97 e 110). Da mesma maneira, Marighella recebeu um tiro da esquerda para a direita, que tem entrada no terço superior da coxa esquerda e a bala se aloja "ao nível da região pubiana, próximo ao bordo inferior do arco direito". Também não há a correspondente perfuração de entrada do projétil na lateral esquerda do veículo (fls. 96/97 e 124). Acrescente-se, ainda, que se Marighella estivesse realmente no interior do veículo, quando recebeu estes dois disparos, um originário da lateral esquerda e outro da lateral direita, é forçoso concluir que os policiais atiradores estariam frente a frente, em clara situação de perigo, correndo risco concreto de serem atingidos pelos disparos, um do outro.

O Prof. Massini, tendo em vista a versão oficial de que Marighella estaria sentado no banco traseiro do VW, considera de difícil explicação, ainda, o disparo que atingiu, de cima para baixo, com orifícios de entrada e de saída, o seu maxilar direito.

Há uma informação decisiva no parecer médico, no entanto, que confere certa indiferença a toda essa controvérsia em torno do local exato da morte: Marighella recebeu "um disparo fatal no tórax esquerdo dado com arma a curtíssima distância".

Massini realiza a ampliação das fotos do cadáver de modo a revelar que, em torno do orifício de entrada, há uma

"impregnação bem evidente, constituída de material fuliginoso e escuro que se aglomera de forma circular e concentrada". Sustenta, e o faz com apoio na literatura médico-legal, que esta "área de impregnação corresponde a sobreposição do halo de enxugo, halo de tatuagem, orla de esfumaçamento, zona de queimadura, areola equimotica e zona de compressão de gazes (fotos 3 a 7) a que corresponde a disparo muito próximo, quase encostado".

A imprensa da época noticiou que a autópsia de Marighella realizou-se em sigilo, na presença de um delegado do DOPS, com o prédio do IML protegido por policiais armados com metralhadoras, que impediam a entrada de qualquer pessoa. Noticiou, ainda, que os legistas encaminhariam um "minucioso laudo" para as autoridades (fls. 44). Em seu manual, "Medicina Legal", Genival Veloso de França lembra que a necrópsia "é um trabalho a ser executado com todas as garantias, longe das pressões ou coações da autoridade ou de quem quer que seja". O laudo não é tão minucioso assim, como prometido, pois não faz qualquer referência à citada "área de impregnação", visível pelo simples exame das fotos ampliadas, e os legistas, ao que parece, não trabalharam num ambiente cercado de garantias. Com efeito, o estranhamento é ainda mais justificável quando se recorda que a autópsia foi realizada pelo legista Harry Shibata, famoso pela ocultacão de sinais de tortura de presos políticos em seus laudos cadavéricos.

A versão de que Marighella tentou resistir só tem ressonância na palavra dos policiais. O investigador Tralli, na recente reportagem publicada pela Folha de S.Paulo, lembra que havia uma guerra: "Numa guerra você tem de atirar primeiro. É como acontece nos filmes. Você vai esperar o cara pegar a arma? É guerra, filho".

O clima de guerra descrito pelo participante da operação indica que Marighella não teve nem tempo de resistir. Mas por que o líder da ALN, cercado por policiais de elite, não foi apenas imobilizado? O objetivo legítimo do poder público, na atividade repressiva, é o de deter o agressor, não o de eliminá-lo deliberadamente.

Documentos da época revelam, finalmente, que Marighella era considerado pelos governantes e pelos agentes de segurança como um inimigo a ser eliminado. Era o grande líder da subversão. É importante lembrar o clima de tensão vivido pelas autoridades brasileiras. Num intervalo de pouco mais de dois meses, o país viveu momentos dramáticos: a Junta Militar assumiu o governo, contrariando as regras constitucionais, o Congresso fechado, o embaixador dos Estados Unidos foi seqüestrado, em troca da libertação de presos políticos, atos institucionais estabeleceram as penas de morte e de banimento, e entrou em vigor a mais draconiana de todas as leis de segurança já editadas.

Trechos de outro relatório do DOPS foram publicados pelo Jornal da Tarde (fls. 35) no dia seguinte à sua morte e revelam a disposição dos policiais:

"Carlos Marighella – vulgo Menezes. O nome dispensa comentários. Não há que se excogitar, para chegarmos à conclusão de que Marighella é um dos maiores, senão o maior responsável pelo estado de coisas em nossa terra, no que concerne à subversão e ao terrorismo. Com suas "famosas" Cartas de Havana lançou as "sementes" cujas árvores viriam a ser os assaltos a bancos, pedreiras, casas de armas e tôda sorte de atos terroristas que se dissimilam (sic) atualmente em nosso país. O castigo a ser-lhe imposto deve ser severo. Acha-se em lugar incerto e não sabido, tendo sido qualificado indiretamente. Em nosso modo de ver, devem ser-lhe impostas as

penas dos arts. 23 e 25 do Dec. 314, este último artigo combinado com o § 2° do art. 51 do Código Penal, tudo no grau máximo da pena fixada *in abstrato* para servir de exemplo aos demais, que se esquecendo dos sagrados deveres que tem para com a Pátria, não relutam um só segundo em tarjá-la de sangue, num verdadeiro mergulho na barbárie.

Além do relatório policial revelar uma inusitada ingerência em assuntos próprios do Poder Judiciário, recomendando a fixação da pena a ser imposta para Marighella em "grau máximo", o texto aponta para uma curiosa coincidência: o Dec. lei 314/67 (Lei de Segurança Nacional) foi substituído pelo Dec. lei 898, editado em 29 de setembro de 1969, e o delito definido no citado art. 25 recebeu nova redação, com a punição de seu infrator, no "grau máximo", com pena de morte.

Outra coincidência é o texto da revista Veja publicado poucos dias antes, como se fosse a crônica de uma morte anunciada (fls. 57):

"...segundo rumores que correm na polícia paulista, Marighella está em São Paulo, na Capital, dentro de um círculo de investigações que se fecha gradativamente. Com todas as saídas para Minas, Rio, Paraná, litoral e Oeste paulista vigiados, Marighella estaria sem chance de escapar. Espera-se mesmo que ele tente uma fuga heróica e não se acredita que ele venha a ser preso com vida.

Os requerentes argumentam que a manutenção de Marighella numa prisão seria indesejável para o governo. Não há prova de que foi tomada uma decisão formal de eliminá-lo, mas a conjuntura política da época, aliada às circunstâncias acima mencionadas, autoriza a dedução. Em primeiro lugar, os agentes policiais tinham conhecimento, pelo histórico de suas prisões anteriores, que Marighella dificilmente forneceria informações úteis em seu interrogatório, mesmo sob tortura. E, com efeito, a prisão de Marighella, além de gerar grande repercussão internacional (fls. 52 e 56), poderia provocar, na avaliação dos governantes, uma reação imprevisível dos grupos armados objetivando o seu resgate. Para tal conclusão, basta lembrarmos que para a libertação de presos de menor importância estratégica, naquele momento, fora seqüestrado o embaixador do Estados Unidos da América.

Por todo o exposto, é de se concluir que:

(1) A morte de Carlos Marighella não corresponde à versão oficial divulgada na época pelos agentes policiais. Os indícios apontam para a não ocorrência do tiroteio entre a polícia e seus supostos seguranças e indicam, também, que ele não morreu na posição em que o cadáver foi exibido para a imprensa e para o perito.

(2) Carlos Marighella, afirma o parecer médico legal juntado aos autos, foi morto com um tiro a curta distância, depois de ter sido alvejado pelos policiais, quando já se encontrava sob o seu domínio e, portanto, sem condições de reagir. Confirma-se, assim, a alegação dos requerentes, no sentido de que a operação policial extrapolou o objetivo legítimo de prendê-lo. Mesmo admitindo que ele "tentou resistir, procurando abrir a pasta...", como sustenta a versão oficial, fica claro que os disparos anteriores já o tinham imobilizado, a ponto de permitir a aproximacão do executor para o tiro fatal – "quase encostado". Do excesso, resulta a responsabilidade do Estado.

(3) O poder público tinha o controle absoluto da área, o que se verifica pelo fuzilamento do único civil que inadvertidamente ultrapassou o cerco formado por pelo menos 29 policiais – o dentista alemão.

(4) É dever do agente guardar quem está sob sua responsabilidade. A exe-

cução do infrator, pelo policial que o procura, é o mais sumário e o mais assustador dos julgamentos. Se executar alguém não é errado, nada é errado.

O voto é pelo reconhecimento do nome de Carlos Marighella para os fins do art. 4°, inc. 1, letra *b*, da Lei 9.140/95, com o pagamento, aos requerentes, da indenização devida.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

CARANDIRÚ: UMA QUESTÃO DE SENSIBILIDADES JURÍDICAS

ANDRÉA BUENO BUORO[1]

SUMÁRIO: 1. Os "dramas" do Carandirú – 2. Os descompassos da lei e o caráter nacional – 3. Da universalidade dos direitos e relatividade da cultura – 4. Sensibilidades jurídicas em jogo.

O tema escolhido para a Campanha da Fraternidade de 1997 parece providencial quando vamos tratar da questão do entendimento dos direitos humanos na sociedade brasileira "A Fraternidade e os Encarcerados" levanta preocupação com um assunto que se tornou delicado ao longo da democratização da sociedade brasileira e que foi objeto de muitas polêmicas desde a década de 80. No bojo do processo de extensão dos direitos políticos e sociais e de ampliação da consciência dos cidadãos a este respeito, a defesa dos direitos dos presidiários contra as torturas e maus tratos, tal como traduzida pela preocupação com os direitos humanos, transformou-se em questão espinhosa quando se tornou alvo de uma campanha que a associou com a demanda por previlégios para bandidos.

Pretendemos explorar esta questão à luz de algumas entrevistas realizadas com um grupo específico de pessoas – familiares de presidiários, por ocasião de um contexto também específico – a ação de agrupamentos da Polícia Militar na Casa de Detenção de São Paulo, em 02.10.1992 que resultou na morte de 111 presidiários do pavilhão 9 daquele estabelecimento.

Retornamos a este evento não para mais uma vez denunciar abusos do poder policial ou graves violações dos direitos humanos que podem ser imputados ao caso, mas para ressaltar alguns pontos de vista que colocam questões interessantes a respeito das percepções dos direitos na sociedade brasileira.

Pretendemos, então, ressaltar as ambiguidades encontradas nas relações da sociedade com a lei e o campo jurídico no caso brasileiro, e que apontam alguns elementos interessantes de serem investigados para melhor compreendermos o processo que transforma direitos em privilégios e direitos humanos em privilégios para bandidos.

1. Os "dramas" do Carandirú

A ação policial no Carandirú em outubro de 1992 teve grande repercussão na imprensa nacional e estrangeira. O acontecimento potencializou e trouxe mais uma vez a público os discursos e opiniões de diversos setores sociais a respeito da justiça, dos direitos e dos direitos humanos na sociedade brasileira. Entre os fatos noticiados chamou-nos a atenção as manifestações de partes da população em favor da ação, assim como

(1) Mestrada em Antropologia Social na Universidade de São Paulo e pesquisadora do NEPS – Núcleo de Estudos de Política e Sociedade.

as pesquisas de opinião realizadas na época, que mostraram um razoável percentual de aprovação à ação policial[2].

O "Massacre do Carandirú", tal como foi ficou conhecida esta ação policial, pode ser considerado um "drama social" de acordo com conceito de V. Turner. Segundo este autor, "a drama social é uma área limitada de transparência, na superfície geralmente opaca da vida social normal". Ainda segundo Turner, "no drama social, os conflitos de interesse latentes se tornam manifestos" (Turner, 1972: 90-94). A ação da polícia no Garandirú pode ser tomada como um drama social por dois motivos. por um lado, porque trouxe à tona mais uma vez a associação dos direitos humanos com privilégios para bandidos a partir e a respeito do qual vários discursos se articularam; por outro lado, porque foi um momento particular que colocou luz sobre um grupo da sociedade que como nenhum outro pode representar as imbricações contidas nesta problemática: os familiares de presidiários

Este grupo de pessoas vive a ambígua situação de ser um dos depositários dos estigmas da sociedade contra os presidiários, ao mesmo tempo em que compartilham eles mesmos muitas vezes destas estigmatizações, e é em meio a esta dualidade que, em um momento como o da ação policial no Carandirú, têm que lançar mão de suas várias experiências e percepções dos direitos e da justiça para se posicionarem frente à situação.

Nas semanas que se seguiram ao acontecimento, uma série de entrevistas foi realizada junto aos familiares destes presidiários que se encontravam no pavilhão 9. Estas pessoas haviam acompanhado os acontecimentos do lado de fora da Casa de Detenção, e muitas delas, inclusive, estiveram no local durante todo o final de semana, até que a visita fosse aberta, no domingo, 4 de outubro[3].

Ao realizar estas entrevistas, ficou patente a complexidade com que se lida ao se tratar das percepções de direitos na sociedade brasileira. Considerando a posição ambígua em que se encontra este grupo de pessoas, tomaremos estas entrevistas como ilustrativas dos imbricamentos presentes na questão.

É o que se pode verificar nos trechos de depoimentos selecionados:

"Ah..."tem que morrer"...., eu ouço isso direto, que tinha que morrer todos, né, tinham que ter morrido...Ah, quando eu ouço isso, às vezes eu tô assim, que nem essa semana mesmo eu tava no ônibus e o cobrador e um rapaz comentava que todos devia ter morrido. Aí eu fiquei quieta, né, eu vou falar o quê? Eu acho que cada um tem uma maneira de pensar, né. Não é porque eu tenho um irmão lá...se o meu irmão não tivesse lá (no Carandirú) e acho que eu pensaria desse mesmo jeito...A polícia é muito sem-vegonha, èles aprontam mais que os próprios bandido..." (B. – irmã de um preso)

Porque realmente dá um pouco de vergonha, porque infelizmente a gente tem parente assim... (...) Apoio mesmo da sociedade a gente não vai ter. (B. – irmã)

"A gente tem dó deles né. Mas se tão lá é porque tão pagando pelo que fizeram." (V.-esposa e irmã)

(2) 41% segundo o Estado de São Paulo e 29% segundo a Folha de São, na época.

(3) As entrevistas foram realizadas para o Núcleo de Estudos da Violência por mim, juntamente com Nancy Cardia, Anamaria Schindler, Maria Inês C. Ferreira e Stella Narita. Os trechos de entrevista aqui utilizados vêm de um total de sete (7) entrevistas selecionadas, e serão utilizados como ilustrativos de questões recorrentes que vêm sendo exploradas em nossa pesquisa de mestrado em curso no departamento de Antropologia Social da USP-SP, sob orientação de Maria Lúcia Montes.

"Quando levo meus filhos lá eu não falo que ele tá preso, falo "teu pai tá trabalhando". (C. – esposa)

"Eu, prá sociedade, sou mulher de malandro...A gente já é mal vista..." (A. – esposa e amiga)

Nestes depoimentos podemos perceber a dualidade da situação de familiar de preso, a meio termo entre a defesa do preso e a confirmação dos estigmas existentes contra estes. Nesta situação, os direitos do preso parecem ser relativizados, uma questão de "maneira de pensar", pois é contrabalançado pela "vergonha" e pela certeza de que de alguma forma "tão pagando pelo que fizeram".

Esta situação é caracterizada, ainda, por uma multiplicidade de registros construídos mediante experiências específicas de contato com a Polícia e o Poder Judiciário[4]. Estes contatos descrevem, muitas vezes, uma reação ambígua com os representantes destes poderes:

"Tudo isso aqui que eu tenho foi ele quem comprou com o dinheiro (do roubo a banco), sabe. Ele comprou a casa... ele comprou porque aqui na vila ele tava sendo condenado a morrer, né, os bandidos queriam matar ele... comp rou a casa em Sumaré, né, os móveis, o carro que quase eu peco tudo, né. Tive que correr atrás para não perder as coisas que o banco queria de volta... ...O carro tava sem motor, eu mandei, eu paguei pro rapaz ir buscar para mim o carro... prá vender, prá pagar a advogada. Os móveis também eu quase que perco. Aí o ... investigador do DEIC ainda falou assim: "vai lá e pega os móveis para você não perder, né, já que seu marido tá preso". Aí eu fui e trouxe os móveis..." (C. – esposa)

(4) Polícia e Poder Judicíario serão aqui mencionadas conjuntamente, como se não fossem esferas do esferas do Estado distintas e independentes, pois é assim que aparecem nas falas dos familiares.

A relação com o investigador de polícia é ambígua, pois, ao mesmo tempo que pessoa que participa da condenação do marido, ele procura ajudar a esposa do detento a ficar com o produto do roubo. Coloca-se aí, também, a ambigüidade dos limites entre o legal e o ilegal, ambigüidade que aparece várias vezes em meio às histórias relatadas.

A mesma pessoa continua:

– "...a senhora visita ele todo domingo?"

– "Todo Domingo".

– "Há quanto tempo a senhora vai lá todo domingo?"

– "...tem 1 ano e 7 meses."

– "...e quanto tempo ainda tem?"

– "Tem bastante tempo, nem sei quanto que é...Mais de vinte anos. Fora um que ele pegou uma pena, mas que não foi ele que assaltou o banco. Mas...o juiz falou assim que ele já tinha feito 3 assalto de banco, que ele tinha que responder esse daí. E ele conhece o rapaz que fez o assalto, sabe, mas ele não pode falar que é o rapaz ... ... E o juiz falou assim: 'Eu até acredito que você não tenha feito. Mas você, como fez três, você vai ter que assinar esse'. Aí os polícia falou assim: 'Ah, ele parece com ele, só que o outro era meio louro, tinha o cabefo mais claro, e esse tem o cabelo preto, né?' (risos). Aí o Marquinhos não pôde fazer nada, né? (C. – esposa)

A extensão da pena de detenção do marido é decidida, segundo a depoente, casualmente pelo juiz e parece tematizar um funcionamento arbitrário da justiça. Aqui, não discutimos a veracidade de tal informação, mas as percepções que transparecem no discurso da familiar mediante deste relato. A arbitrariedade, levantada enquanto tal, coloca em questão a problemática dos limites estabelecidos entre o legal e o ilegal no bojo do funcionamento do aparelho Judiciário que deveria promover a justiça

A impossibilidade de reagir contra este poder legítimo – "Aí o Marquinhos não pôde fazer nada,né?" – é tratada pela depoente com uma ponta de riso, uma certa normalidade e a aceitação de que contra isto "nada se pode fazer". Esta reação evidencia, por sua vez, o reconhecimento de que é este mesmo o funcionamento das coisas. Como podemos constatar, entretanto, esta normalidade não se reflete em todos os depoimentos:

"...o que eu fico mais chateada e magoada é o seguinte: a gente para entrar lá dentro (da Casa de Detenção, nas visitas), a gente é tão humilhado, tá, que a gente é vista por eles igual um marginal. É mesmo, sabe. Sendo que os próprios funcionários, que são tudo empinado...e o que tá fazendo a podridão lá dentro. A minha revolta lá e isso.

...Se a gente quer por alguma coisa que não entre lá dentro, se você tem dinheiro, você põe. É onde eu acho errado. Se as pessoas já tão lá dentro prá se recuperar, ou prá passar um pouco prá dar valor aqui fora, eles não vão dar. Porque lá eles têm comida...ele tem a droga, tá. Do jeito que ele tinha na rua ele tem lá denfro..." (A. – esposa)

"Quando a pessoa fez um homicídio vai prá cadeia, não vai? E porque eles matam tanta gente que tá na cadeia?.(...) A grande maioria dos policiais que tão agindo como defensores do povo são os piores ladrãos ... corruptos..." (F. – pai)

" O Dácio era o tipo de pessoa que já tava tão dependente da droga ... ... quando ele usava droga demais, assim, ele ficava doido. Ninguém segurava o Dácio..(...)quebrou o bar inteirinho do homem.... Aí esse cara pagou para dois PM dar um flagrante no Dácio, forjado, para poder pôr ele em cana..." (A. – esposa)

O mesmo policial, representante da força coercitiva da justiça, no momento da detenção, pode forjar um flagrante a pedido de um cidadão, configurando, desta forma, sua presença de ambos os lados do "jogo". Tratada com normalidade ou com indignação, esta ambigüidade acaba por se tornar uma das tônicas do relacionamento destas pessoas com a Polícia e o Poder Judiciário.

Aliadas a isto, encontramos ainda várias colocações nas quais se expressa a relatividade com que vêem a promoção da justiça, dadas suas dificuldades financeiras que se traduzem em dificuldades de fazer valer seus direitos:

"Tem muitos que já tá em tempo de sair, já venceu a pena, não tem advogado que vá atrás pra ver isso aí. (V.- esposa e irmã)

"Já tinha passado 15 dias da pena dele, né, e ele morreu. (...) Tinha outro que tava lá, não tinha nem sido condenado e morreu" (L. – cunhada)

"O advogado que tá no caso também não da muita safisfação porque a gente não tem mais dinheiro". (S. – esposa)

"Ela vai nesses advogado do Estado... eu cheguei prá ela, que tava com os papel, eu disse: "Tia, deixa eu ler os processos dele?". Ele foi condenado a 7 anos e 6 meses. Ele tá lá há 14! (A. – esposa e prima)

A noção de justiça é também informada por outras vivências que conferem significado específico aos tipos de crimes e contravenções, como podemos ver, por exemplos no seguinte depoimento:

"...pavilhão 8, que é só malaco velho mesmo. É aqueles ladrão residente, cara que já matou, já roubou banco, já fez e aconteceu. No 9 periculoso? Mentira! Ladrão que tem alí... Ladrão de tocafitas, ladrão que tentou roubar e não conseguiu, furto de casa, tráfico de droga...é tudo babaca, é tudo primário!" (L. – esposa e amiga).

O que se pode perceber, por estes depoimentos, é que eles remetem a uma multiplicidade de registros e significa-

dos presentes nesta relação do individuo com a justiça. Esta relação é mediada por uma série de fatores, como o papel que ocupa a contravenção do familiar preso na postura adquirida frente à justiça, a necessidade ou não de justificação desta contravenção, o papel e função que se reservam à justiça diante disso, seu funcionamento, o relacionamento da pessoa com cada um dos profissionais que compõem o quadro da Justiça e do poder policial a ela atrelado, do delegado, advogado e juiz ao escrivão, carcereiro ou policial.[5]

Os familiares têm uma percepção de direitos e justiça que está vinculada a este funcionamento "enviesado" da justiça, e mesmo que isto por vezes não lhes pareça o modo correto de ser. parece ser tido como uma situação inevitável e dentro da qual se tem que viver, melhor dizendo, dentro da qual concretamente se vive.

De fato, isto não é de estranhar, já que as situações que estamos levantando são parte mesmo do senso comum da experiência brasileira de lidar com a polícia e a justiça[6] Não se trata aqui, no entanto, de fazer uma avaliação do sistema judiciário brasileiro, nem de relacionar os problemas levantados apenas a um funcionamento incorreto da justiça. Antes, o que se pretende aqui ressaltar e que deve-se considerar que as ambigüidades não se dão de forma unilateral, mas, sim, em uma relação na qual o funcionamento insatisfatório da justiça representa apenas um dos lados.

Se por um lado podem-se identificar problemas concretos no funcionamento do aparelho judiciário, por outro, há muito que investigar nos modos concretos de relação que se estabelecem entre tal poder e a sociedade na qual atua.

Na verdade, este não parece ser um caso de simples conivência da sociedade com o funcionamento da justiça e da polícia tal qual eles se dão, mas, sim, de valores que estão arraigados e são a todo momento ai produzidos e reproduzidos e que abarcam desde a população, tomada em termos gerais, até as instituições do Estado e seus quadros. Há aí, portanto, uma relação de múltiplas pontas, em que cada uma se re-significa em função da outra, reproduzindo o modo de ser da sociedade como um todo. É justamente a partir desta relação concreta que se pode entender o pouco reconhecimento dos direitos na sociedade brasileira.

2. Os descompassos da lei e o caráter nacional

O problema do entendimento dos direitos humanos na sociedade brasileira, em meio ao recente processo de democratização, foi especificamente tratado em um estudo de Teresa Caldeira no qual a autora resgata um pouso da história dos direitos humanos nas últimas décadas no Brasil. (Caldeira, 1991 e 1992)

Segundo Caldeira, na década de 70 por umlado o discurso em nome dos direitos humanos esteve atrelado a um discurso de oposição ao regime militar de então e vinculado principalmente à noção de direitos políticos. Por outro lado, com a expansão dos movimentos sociais nesta época, houve conseqüentemente a extensão desta noção de direitos também para direitos sociais. Neste

(5) Estes elementos vem sendo mais explorados na pesquisa que vimos realizando junto a familiares de presos, com vistas à elaboração de dissertação de mestrado.

(6) O conhecimento de que muitas vezes há conivência e participação da polícia, por exemplo, em ações classificadas como criminais, é de domínio público e reiterado por vários autores que se dedicam ao estudo destes problemas, como Guaracy Mingardi (1992), Alba Zaluar (1996), Gilberto Velho (1996).

contexto, o que se reinvindicava não eram direitos numa concepção geral, mas, sim, direitos na sua concretude própria. (Caldeira, 1991)

Desta forma, a autora relata que os termos direitos e direitos humanos confundiam-se muitas vezes no âmbito desta expansão dos direitos para direitos sociais, todos abarcando uma certa noção de direitos humanos.

O rechaço de uma grande parte da população de São Paulo a esta última noção surge, assim, no bojo de uma campanha pelos direitos humanos em favor de melhorias no tratamento de presidiários, aliado a uma descrença na imparcialidade da justiça. Desta forma, ele segue a lógica segundo a qual o sistema judiciário favoreceria as camadas mais altas, traduzindo-se desta forma os direitos em privilégios. Ao desrespeito corrente dos direitos das classes trabalhadoras em sua vida cotidiana contrapor-se-ia, então, a demanda por "privilégios para bandidos", representada pelos movimentos por direitos humanos, tese esta bastante explorada por políticos de direita nos meios de comunicação.

A possibilidade desta associação deu-se, portanto, paradoxalmente, num contexto em que a ampliação dos direitos estava em pauta na sociedade: o restabelecimento dos direitos políticos, os vários movimentos demandando a extensão dos direitos sociais, as movimentações e conquistas da Constituição de 1988, todos concorrendo para a ampliação da cidadania, ainda insípida, na sociedade brasileira.

É preciso lembrar, entretanto, que a discussão dos traços distintivos da construção dos direitos e da cidadania no Brasil não é preocupação nova, principalmente se considerarmos a questão sob o prisma dos descompassos entre a lei e os costumes vigentes na sociedade.

Já nas primeiras décadas deste século, autores como Oliveira Vianna e Alberto Torres analisando problemas concernentes à organização das instituições no Brasil, levantavam a questão, entre outras, da relação discrepante entre a organização jurídico-política e a sociedade propriamente dita.

Oliveira Vianna ressalta que "em nosso povo, realmente, o direito político escrito não está conforme, nem é inspirado...no direito-costume, no direito que o nosso povo-massa pratica na sua vida ordinária, na sua vida cotidiana..." (Vianna, 1974:97)

Já Alberto Torres levanta em seu estudo as especificidades da sociedade brasileira em relação à configuração do espaço público, revelando que ela se dá com uma "tendência para o personalismo; falamos, quase sempre, sob sugestão do temperamento; tendemos a ver, nas obras alheias, a homem, com suas contingências e fraquezas, em lugar das idéias que representa. A vida pública toma, assim, um travo de parcialidade, que se transforma em espírito de classe, de partido, de corrilho, de elogio mútuo, ou se expande em agressões". (Torres,1978:94)

Se contraposta ao ideal construído nas sociedades ocidentais modernas, em que a constituição de indivíduos, base da constituição de cidadãos, supõe, sobretudo, a existência de um espaço público bem delimitado, no qual o homem pode se referendar em seus direitos sem recorrer à dimensão de sua vida privada, não é difícil apontar as vicissitudes da construção da cidadania no Brasil.

Em Sérgio Buarque já vemos um esforço de análise que, de forma inversa aos autores acima, procura ressaltar na estrutura específica da sociedade brasileira indícios que apontam para a superação dos entraves à construção de uma nação democrática. (Holanda, 1991)

Roberto DaMatta retoma esta discussão do ponto de vista antropológico procurando entender a lógica específica do funcionamento desta "cidadania". Este

autor considera que no caso brasileiro a noção de cidadania é "desviada", o que a "impede de assumir seu significado político universalista e nivelador". O "individualismo" brasileiro, ao invés de ser "criador de leis", reage a estas últimas. (DaMatta, 1985:64)

Seguindo esta lógica, as relações sociais ocorrem em um contexto em que o espaço público é rarefeito, em que "as relações pessoais, por tudo que experimentamos ao longo de nossa experiência histórica, sociológica e política, ... têm muito mais peso que as leis". (DaMatta – 1991)

Segundo DaMatta, são criadas sempre figuras sociais que intermedeiam a relação Estado/sociedade e as pessoalizam. Neste contexto são construídos novos significados que colocam em questão a funcionalidade da lei e, em certa medida, invertem seus propósitos, de um tratamento igual de todos perante o Estado, para um tratamento de exceção, em que a lei só funciona como punição aos que não conseguem se diferenciar de alguma forma no plano social. (DaMatta, 1981)

O autor aponta ainda, em outro artigo, outras duas características presentes na cultura brasileira, que competem para a configuração deste caráter que se reproduz também no que ele acaba por nomear de "nepotismo à brasileira". O primeiro deles seria a "inabalável tradição familística" brasileira, que "impede a atuação a pleno vapor da idéia de cidadania moderna". O segundo revela, de acordo com o autor, "a ausência de confiança na vida pública brasileira", e diz respeito ao fato de que, na própria elaboração de uma nova lei no Brasil, freqüentemente se vêem contemplados mecanismos para impedi-la de ser fraudada, ou seja, não se a considera com força de imposição própria, "com força de lei". (DaMatta,1991)

De acordo com todas as características elencadas acima, a sociedade brasileira se constituiria, então, segundo as bases de um "universo relacional" em que, antes que universalizadas, as relações sociais, os direitos, as leis seriam, isto sim, relativizadas. O resultado é, como diz DaMatta, que neste sistema social "convivem diferentes concepções de sociedade. de política, de economia e, naturalmente, de cidadania"(DaMatta, 1985:66)

A dualidade igualdade/hierarquização na sociedade brasileira é apontada, então, como uma forma em que se mascara a existência do conflito e se opera com rituais autoritários que se pautam nas categorizações exclusivas. (DaMatta, 1981)

Estes traços, entretanto, não devem ser absolutizados. Como aponta Gilberto Velho, mesmo em sociedades "organizadas em termos de hierarquia, há a possibilidade de individualização. O conceito básico a partir do qual se dá esta possibilidade, para Velho, é o conceito de projeto. Tal conceito diz respeito a um fenômeno que é subjetivo, mas é elaborado dentro de "um campo de possibilidades, circunscrito histórica e culturalmente, tanto em termos da própria noção de indivíduo, como dos temas, prioridades e paradigmas culturais existentes". (Velho, 1987:27)

Desta forma, o autor considera certas nuances na construção dos indivíduos na sociedade brasileira, enfatizando a "margem de manobra e iniciativa que grupos de indivíduos podem ter e que afinal de contas, constitui a possibilidade de mudança social". (Velho,1987:108)

É, então, esta "ambigüidade hierarquia-individualismo e o autoritarismo do Estado" que "se combinam para impedir o florescimento da noção de cidadão". (Velho, 1987:148)

É interessante notar, por meio desta breve revisão, como as questões relativas à construção da cidadania no Brasil tematizam os descompassos entre a ordem legal e a ordem vigente que, por sua

vez, se traduzem, na sociedade brasileira, na questão mesma do caráter nacional.

Como pensar, então, o problema do entendimento dos direitos humanos neste contexto?

3. Da universalidade dos direitos e relatividade da cultura

A história da constituição dos direitos está imbricada na história mesma da constituição dos direitos humanos na era moderna. O valor que é fundamento dos direitos humanos, "o valor atribuído à pessoa humana" segundo Celso Lafer (1988:118-119), é parte integrante da tradição ocidental, e remonta ao pensamento grego e judaico e posteriormente ao cristianismo.

O desenvolvimento mesmo dos direitos humanos, entretanto, tornou-se possível a partir da era moderna, quando o "mundo interior do ser" passa a ser focalizado. Neste contexto, com a emergência do subjetivismo, tomam-se presentes "as tendências que vêem no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade" o que C.Lafer chama da dimensão do individualismo na sua acepção ampla (1988:120)

Se por um lado as idéias subjacentes aos direitos humanos vieram se construindo ao longo da história da humanidade, por outro a constituição, propriamente, destes direitos se dá em meio ao processo de secularização em que se constrói a razão como fundamento para os direitos agora laicizados, centrados no indivíduo e garantidos pela lei.

A construção dos direitos como garantia da existência da sociedade e não mais como prerrogativa do poder de um soberano, ou até mesmo de Deus, é fundamentada pelo contratualismo que dá a justificação para a construção do Estado moderno, e é também neste contexto que se formulam as primeiras declarações dos Direitos do Homem. "A Idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua vontade e a sua razão, pondo de lado a tradição e os costumes, foi a grande novidade da ilustração" (Lafer, 1988:123)

É nesta medida que se deve considerar a discussão dos direitos humanos no interior da constituição dos Estados modernos, e que eles implicam, necessariamente, a existência de indivíduos como cidadãos frente ao Estado.

Esta constituição de indivíduos em cidadãos se dá com o estabelecimento do Estado-nação na medida em que este tem como o critério básico de sua organização o principio da isonomia, isto é, a igualdade dos indivíduos perante a lei (Lafer, 1988:150). Nesta medida, os cidadãos são os destinatários não apenas da igualdade estabelecida pela lei, como também, a partir daí, dos direitos nela estruturados.

Os direitos humanos constituem-se, então, como uma noção mais ampla, que diz respeito aos indivíduos como seres humanos de forma universal, que "têm direito a ter direitos" (Lafer, 1988, p. 154) No entanto, só podem se expressar pela existência dos indivíduos cidadãos de um Estado capaz de lhes garantir seus direitos na concretude da vida cotidiana.

Universalidade do direito e relatividade da cultura são, portanto, duas faces da mesma moeda ao se tratar de investigar as especificidades das percepções dos direitos e dos relacionamentos da sociedade civil com seus representantes.

Esta questão vem sendo tratada pela sociologia e antropologia desde o início da existência destas disciplinas. O campo dos estudos da sociologia e antropologia jurídicas dedicou-se desde cedo a pensar a relação entre a ordem legal e a ordem vigente: qual o lugar da lei na ordem social, que relações ela guarda com as normas, costumes, e com a forma como as pessoas concebem esta relação em cada sociedade.

No contexto da preocupação com a manutenção da ordem social, podemos tomar por base dois autores que influenciaram grande parte dos trabalhos posteriores na área: Durkheim e Malinowski.

Ao construir seu pensamento, preocupado com a conformação de uma ciência social objetiva, Durkheim define uma concepção de vida social associada a valores morais. São os valores morais que dão substrato à sociedade e esses valores exprimem-se por meio de regras sociais (Durkheim, 1983).

O direito, para o autor, praticamente não se distingue da moralidade, pois as regras jurídicas representam a coerção social organizada. O direito, estudado principalmente no universo da sanção, é o "símbolo visível" dos laços de solidariedade social e, portanto, a própria constituição das regras e costumes de uma determinada sociedade.

Diferentemente de Durkheim, Malinowski abre seu livro criticando a idéia de que a sociedade primitiva é totalmente dominada pela tradição e que nela o universo das leis é apenas o da sanção (Malinowski, 1982).

Com base nos dados de campo de sua pesquisa junto aos trobriandeses, Malinowski procurou definir em que consiste a dimensão da lei para estes nativos. O autor mostra como a lei está ancorada nas relações de reciprocidade local que aparecem nas várias dimensões da vida social: econômica, religiosa, de parentesco. A reciprocidade consiste em um princípio dual que estabelece um sistema de laços sociais, sem o qual nenhuma comunidade primitiva poderia existir.

Malinowski atenta para a importância de se considerar a distância entre o ideal da lei e sua realização. Contrariamente a Durkheim, o autor mostra que nem toda quebra de princípios é punida. O contexto em que ocorre a transgressão é um dos elementos que vai definir se uma ação será ou não punida. A quebra do princípio da exogamia para os trobriandeses, por exemplo, apenas exige reparação se resulta em escândalo. Do mesmo modo, há formas específicas de se esquivar da lei, através da magia, ou da expiação pelo suicídio. O autor mostra, também, como a lei e a ordem são dimensões que representam não apenas os ideais presentes na vida coletiva, mas também representam auto-interesses e meios de reforçar o status quo existente

Iniciando com questão semelhante a Durkheim – "porque as regras são obedecidas?" – Malinowski termina por recolocar a questão para – "como as regras se adaptam à vida social?" Na análise destes dois autores, portanto, está a definição do lugar da lei e das normas na sociedade.

Nos estudos posteriores da antropologia jurídica, entretanto, esta preocupação mais geral deu lugar a outras questões que problematizavam o tema das relações da lei com a sociedade. O estudo da lei a partir das dimensões do poder, dos conflitos e disputas, tematizando a dupla legitimidade das regras (enquanto costume e como lei), os contextos históricos e institucionais em que a imposição da lei e as disputas tomam forma, a multiplicidade de sistemas legais aos quais os indivíduos estão sujeitos, o significado das categorias legais (Moore, 1978; Starr & Collier, 1978). Todos estes focos distribuiram-se, de modo geral, na polarização entre enfoques cognitivos, que vêem a relação entre a lei e os costumes a partir de um sistema de significados produzidos pela cultura, e enfoques históricos, nos quais esta relação deve ser explicada a partir das determinações históricas e das estruturas sociais.[7]

(7) Estes enfoques são bem representados pela polêmica entre dois autores e que exerceu grande influência nos estudos de antropologia jurídica a partir da década de 50: GLUCKMAN, M., 1955.

O estudo de C. Geertz, ainda que criticado por alguns autores como um estudo que privilegia em seus métodos essencialmente o enfoque cognitivo, apresenta a noção de "sensibilidade jurídica" que parece-nos equacionar de forma interessante esta polarização, pois procura congregar a um só tempo as dimensões históricas e cognitivas com base na problematização da oposição entre "ser e dever ser"[8].

Geertz identifica uma semelhança intrínseca entre os campos da antropologia e da jurisprudência, que diz respeito à perspectiva de ambos em ver princípios gerais em fatos específicos. Em sua síntese, ambos tratam, de forma específica, o problema da discrepância entre o "ser" e "dever ser".

Desta forma, para este autor não se trata de designar sentidos legais em costumes sociais ou corrigir percepções jurídicas com descobertas antropológicas. Trata-se sim, de olhar para ambos os lados de uma só vez, pois os fatos legais são socialmente construídos e conformam, portanto, uma dimensão à parte, que trata essencialmente da representação, o fenômeno em si ao qual a cultura diz respeito.

O lado legal não é portanto, um conjunto de normas, valores, princípios aos quais se relaciona uma resposta jurídica. Ele é uma forma distinta de imaginar o real. Decorre disso sua concepção de que a representação do fato é normativa desde o início e daí sua proposta de investigar na relação entre fato e lei, a própria relação entre "ser" e "dever ser".

Esta problemática se traduz pelo que Geertz concebe como "sensibilidade jurídica", um conjunto que agrega numa mesma representação política, costumes, crenças e sentimentos, que ultrapassa a simples oposição entre "ser" e "dever ser". Para o autor, a questão que se coloca é "como, dado o que a gente acredita, devemos agir e em que, dado como agimos, devemos acreditar".

Neste estudo, então, Geertz discute a idéia de um pluralismo jurídico no qual, antes que uma coincidência de vocabulários de visões convergentes, há a coincidência de pensamento. É preciso, portanto, investigar a visão local da lei, colocando em questão a própria oposição entre leis e fatos.

Com esta concepção, Geertz recoloca a oposição entre fatos e leis, entre normas, costumes, princípios e direito como determinada pela "sensibilidade jurídica", uma dimensão que só existe enquanto unidade cuja conformação é dada nos arranjos próprios de cada cultura especifica .

4. Sensibilidades jurídicas em jogo

Os debates da antropologia jurídica nas últimas décadas têm se centrado na polarização entre enfoques cognitivos, que vêem a relação entre a lei e os costumes por meio de um sistema de significados produzidos pela cultura, e enfoques históricos, nos quais esta relação deve ser explicada mrdiante determinações históricas e das estruturas sociais.

Retomando o debate das especificidades da cultura brasileira, M. L. Montes, em sua reconstrução histórica "1789: A Idéia Republicana e o Imaginário das Luzes", coloca que a possibilidade de universalização do ideal da razão e enraizamento deste na esfera cotidiana (produto da filosofia das Luzes e da Revolução de 1789) é dada, sobretudo pela idéia de natureza. A idéia é de uma lei que diz respeito aos homens como certos "'direitos naturais' de que todos são indistintamente investidos pelo fato de serem homens, isto é por sua própria natureza". (M. Montes, 1992:58)

(8) GEERTZ, C., 1983, "Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Athropology. "New York: Basic Books.

Se esta noção não foi possível de se realizar numa sociedade em que as desigualdades e os privilégios se instauram à revelia da lei, é necessário se investigar no nível das relações microssociais como se configuram simbolicamente tais noções, ou que outras competem em seu lugar. É neste contexto que se deve entender, na trilha das discussões apresentadas, a "cosmologia" que ordena estas relações sociais num grupo específico.

Se a identificação da demanda por direitos de presidiários com privilégios para bandidos pode ser explicada com base em um quadro histórico no qual os direitos individuais foram associados a privilégios e no contexto de uma sociedade na qual prima a desigualdade social, esta relação pode ser investigada mediante os significados presentes nas trilhas do relacionamento do indivíduo com a justiça, presentes no relacionamento como indivíduo/cidadão frente ao Estado de forma mais ampla.

O caso das entrevistas apresentadas acima ilustra bem esta questão. O que hora se chama de ambiguidade talvez possa ser melhor traduzido pelo que Geertz chama de sensibilidades jurídicas. É nesta medida que é importante investigar como é configurada a relação entre a lei e os direitos por um lado, e as normas e códigos de conduta e de entendimento por outro, que só poderão ser desvendadas no contexto das experiências vividas e das relações concretas que são estabelecidas no cotidiano, e das representações que então se constroem. Trata-se não somente da dimensão histórica e sociológica da construção de tais valores, mas principalmente das dimensões simbólicas construídas na prática das relações sociais e que configuram os significados específicos que constituem uma cultura.

E nesta medida que se podemos afirmar que a questão dos direitos dos presidiários, tal como levantada pelos acontecimentos do Carandirú em 1992 e pela Campanha da Fraternidade em 1997, "é boa para pensar" os entremeios do entendimento dos direitos no contexto da sociedade brasileira, pois que apresenta de forma clara as várias ambiguidades presentes na relação entre a ordem legal e a ordem vigente nesta sociedade.

Bibliografia

ADORNO, S., Discriminação Racial e Justiça Criminal em S.P., *Novos Estudos Cebrap*, n.°43, nov. 95, pp. 45-63.

BOHANNAN, P., 1957. *Justice and Judgement among the Tiv*. London: Oxford University Press.

CALDEIRA, T., City of Walls: crime, segregation and citizenship in São Paulo, dissertation for the degree of PhD, University of California at Berkeley, mimeo, 1992.

——, Direitos Humanos ou Privilégios de Bandidos?, in *Novos Estudos Cebrap*, julho, 1991.

DAMATTA, R., Os discursos da violência no Brasil, *in Conta de Mentiroso*. R.J: Rocco, 1993, p.175-197

——, 1979, *Carnavais, Malandros e Heróis*, R.J: , Zahar.

1985, *A Casa e a Rua*, S.P: Brasiliense.

1991, *Nepotismo – o jeitinho brasileiro de ser cidadão, in* Jornal da Tarde, Caderno de Sábado, 07.09.91.

DUMONT, L., 1987, *Ensayos sobre el Individualismo*, Madrid: Alianza Universidad.

DURKHEIM, E.,1983, *Da Divisão do Trabalho Social, in*: Durkheim, S.P., ed. Abril, col. OS PENSADORES.

FELDMAN-BIANCO, B, 1987, Introdução, *in*: Feldman-Bianco, B.,org. *A Antropologia das Sociedades Contemporâneas – métodos*. S.P: ed.Global,

GEERTZ, C., 1978, A Interpretação das Culturas, R,J.: Zahar.

——, 1983, Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, in C. Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Athropology*. New York: Basic Books.

GLUCKMAN, M., 1955. The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester: Univ. of Manchester Press.

GOFFMAN, E., *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, R.J.: ed. Guanabara, 1988.

HOLANDA, S.B. de, *Raízes do Brasil*, José Olympio,1991.

ISER, Lei & Liberdade, *Comunicações* do ISER, 1996.

LAFER, C., 1988, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, S.P.: Companhia das Letras.

MALINOWSKI, B., *Crime and Custom in Savage Society*, Littlefield, Adams & Co., USA, 1982.

MINGARDI, G., *Tiras Gansos e Trutas Cotidiano e reforma na polícia civil.* Página Aberta, S.P.,1992.

MONTES, M.L. 1789: A Idéia Republicana e o Imaginário das Luzes, trabalho apresentado no seminário "Tiradentes, hoje: imaginário e política na República Brasileira", B.H.,1992.

MOORE, S.F. *Law as press. An Anthropological Approach*, Routlidge and Keagan Paul, 1978, London and Boston.

NICKEL, J.W., 1987, *Making Sense of Humam Rights*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London

PAIXÃO, J.L., Crimes e Criminosos em Belo Horizonte, 1932-1978, in P.S.Pinheiro (org.), *Crime, Violência e Poder*, Brasiliense, 1983.

PINHEIRO, P.S., (org.) *Crime, Violência e Poder*, S.P.: Brasiliense, 1983.

RAMALHO, J.R., *O Mundo do Crime: a ordem pelo avesso*, R.J.: ed. Graal, 1983.

QUIRINO, C. e Montes, M.L.,1987, *Constituições Brasileiras e Cidadania*, S.P.: ed. Ática.

SCHMIDT, M.G., Familiares de Presos: Relação entre o sistema penitenciário e a expectativa da família quanto à recuperação do apenado, *Revista da Escola do Serviço Penitenciário do R.S.*, Porto Alegre, 2(8):67-113, jul. 91.

STARR, J. & COLLIER, J.F. *History and Power in the Study of Law New Direction in Legal Anthropology*, 1989, Ithaca and London.

TORRES, A., 1978, *A Organização Nacional*, S.P.: Companhia Editora Nacional.

TURNER, V., *Schism and Continuity in an African society . A study of Ndembu village life*, Butler & Tanner Ltd. Frome & London, 1992.

VELHO, G., *Violência, Reciprocidade e Desigualdade*, mimeo., R.J.,1996.

——, *Projeto e metamorfose*, R.J.: Zahar, 1994.

——, *individualismo e Cultura*, R.J.: Zahar,1981.

VIANNA, O., *Instituições Políticas Brasileiras*; R.J.: ed. Record, 1974.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

BREVES NOTAS PARA A HISTÓRIA DO ENCARCERAMENTO EM SÃO PAULO – A PENITENCIÁRIA DO ESTADO

FERNANDO SALLA

"A construção de uma nova penitenciária nesta capital é mais que uma necessidade decorrente do sistema penal do Código de 1890: é uma exigência do nosso progresso moral e material" – CÂNDIDO MOTTA.

"Ciertamente lo que se vé, camino a Santa Ana, parece una fabrica, una imensa fabrica" – JUAN RIESTRA.

No dia 13.05.1911, era lançada, no bairro do Carandirú, em São Paulo, a pedra fundamental da Penitenciária do Estado. A cerimônia, contando com a presença do alto escalão governamental, foi destacada na imprensa da cidade como um acontecimento da maior relevâcia local, estadual e mesmo nacional. São Paulo lançava as bases para a realização de um projeto de prisão que se acreditava modelar e capaz de tornar exeqüível o que estava previsto no Código Penal de 1890. No plano econômico, a magnitude do empreendimento se revelava pelo fato de no mesmo ano de 1911 seu valor estimado corresponder a quase 10% de toda a despesa paga pelo Tesouro do Estado ao destinar suas verbas para as diversas secretarias de governo. Embora o volume de tal investimento não tivesse inibido a iniciativa de construção da Penitenciária, certamente foi um dos motivos da relativa demora em se ter a exibição desse monumento só em 21.04.1920 quando foi então inaugurado em meio a grande pompa.

Construída para abrigar 1200 condenados, e atendendo ao que na época era tido como mais avançado em termos de estabelecimento penal – pavilhões alinhados lado a lado, oficinas, celas individuais, corredores amplos, ventilação, iluminação – por duas décadas a Penitenciária foi colocada pelos governantes locais como motivo de orgulho e demonstração de que, também na área da execução das penas, o progresso do Estado era flagrante. Para o conjunto da nação era apresentada como estabelecimento modelar, o exemplo ímpar por meio do qual o Código Penal de 1890, embora considerado imperfeito, encontrava efetivamente meios para ser cumprido. Para o olhar imediato da cidade, uma demonstração exuberante da forma implacável pela qual se pretendia lidar com os transgressores.

Mas como encaixar a concepção e construção da Penitenciária do Estado naquele momento? Que motivos políticos teriam levado à aceitação de um projeto realmente custoso? Como se percebia a criminalidade nas primeiras décadas da República, em São Paulo? Teria essa percepção influenciado na concepção e realização da Penitenciária? Quais eram as exigências específicas do complexo judiciário-policial-penal do período em relação ao aparelhamento do Estado para a lida com a questão crimi-

nal? Que alterações sócio-econômicas compunham o quadro de uma nova realidade urbana que, por sua vez, exigia uma atuação mais incisiva do Estado? De onde provinham as preocupações então manifestas de requalificar o indivíduo criminoso por meio de uma punição "científica" fundada sobretudo no trabalho prisional?

Sem ter a pretensão de responder a toda essa constelação de questões, gostaria de apontar neste artigo alguns elementos para subsidiar a história do encarceramento em São Paulo em torno de um dos principais totens da punição no Brasil, nas décadas de 20 e 30, que foi a Penitenciária do Estado de São Paulo. Ao mesmo tempo, pretendo sugerir pontos de interseção entre o universo da criação de instituições voltadas para o controle social, especialmente a prisão, e as táticas de consolidação do regime republicano e do mercado de trabalho nas primeiras décadas deste século[1].

Desde meados do século passado, a então Província de São Paulo dispunha de uma Casa de Correção (inaugurada em 1852), que vez por outra era chamada de Penitenciária da Capital. Possuía inúmeras cadeias nas cidades do Interior e uma também na cidade de São Paulo. As instalações da Casa de Correção, na Avenida Tiradentes, eram então modestas e só foram completadas na década seguinte. Sua capacidade era para 160 presos (compreendendo homens e mulheres). A Casa de Correção abrigava também uma outra dependência que era o calabouço, para onde eram recolhidos os escravos fugitivos e os que eram para lá mandados por seus donos para serem castigados. E recebia também menores, africanos livres, e alguns presos remetidos pela autoridade policial.

A situação do encarceramento em São Paulo começou a ficar mais problemática quando se deu a transferência dos presos da Cadeia da Capital também para a Avenida Tiradentes, em 1875, ocupando então um espaço junto à Casa de Correção. Até aquele momento, a Cadeia funcionava no Largo de São Gonçalo (atual Praça João Mendes) no mesmo prédio da Camara, que fora construído em 1784-88 (Sant'Anna, 1937:83).

Ao longo do século passado, são intensas as denúncias das precaríssimas condições em que funcionava a Cadeia: sujeira, falta de iluminação, falta de higiene, mistura dos condenados com pessoas apenas acusadas ou recolhidas por motivos policiais, presença de doentes mentais, alimentação de má qualidade, doenças, arbítrio dos carcereiros, segurança do prédio insuficiente (Sant'Anna, 1951 e Taunay, 1961). A superlotação da Cadeia já era algo com que a cidade convivia, pois juntamente com as acanhadas instalações havia o fato de as cidades do Interior, não dispondo muitas vezes de suas próprias cadeias, remeterem para a Capital da Província os seus condenados. Nem mesmo a entrada em funcionamento da Casa de Correção na metade do século aliviaria essa situação.

A um tal quadro de deficiências, as autoridades e estudiosos da segunda metade do século passado apontavam também os problemas propriamente de execução penal que os dois estabelecimentos apresentavam. A Cadeia misturava condenados e aqueles que aguardavam julgamento; condenados à pena de prisão simples permaneciam junto aos que cumpriam pena de prisão com trabalho; galés, dementes, homens, mulheres, crianças conviviam no mesmo espaço. A

(1) Quando redigido este artigo ainda não havia concluído minha tese de doutorado (ver Salla, 1997) em que várias questões aqui apontadas foram tratadas em profundidade. Contribui também para a reflexão aqui proposta a tese de Marcos Cesar Alvarez (1996).

Casa de Correção, em contrapartida, possuía celas individuais, oficinas de trabalho e adotava o sistema auburniano[2]. Mas a escassez de vagas para absorver os presos que estavam nas cadeias da Província, a falta de oportunidades de trabalho para todos os presos eram alguns dos problemas que esse estabelecimento apresentava. Depois de 1875, a convivência tão próxima de dois estabelecimentos, com funções diferentes, era tida como extremamente prejudicial – sobretudo para a Casa de Correção – por causa da inexistência de qualquer regulamento que disciplinasse o funcionamento da Cadeia.

Alguns estudiosos não poupavam críticas à Casa de Correção por adotar o sistema de isolamento noturno e trabalho coletivo diurno, em silêncio (Bandeira Filho, 1881:41). Um de seus primeiros diretores, Manoel Dias de Toledo, em 1871, também professor de direito criminal na Faculdade de Direito de São Paulo, denunciava as falhas desse sistema. Os relatórios das visitas de Pádua Fleury às casas de correção da Corte e de São Paulo apontavam os problemas de execução da pena e sugeriam como mais adequado o sistema irlandês ou progressivo, que aliás viria a ser adotado pelo Código Penal de 1890[3].

A República não alterou de imediato esse quadro das prisões em São Paulo e no Brasil, mas logo mostrou-se preocupada com ele. Em 1893, por indicação do senador estadual Paulo Egídio ao Presidente do Estado, é nomeada uma comissão para estudar as condições da Penitenciária da Capital e da Cadeia, propor sugestões de reforma e inclusive de construção de um novo estabelecimento caso se constatasse a inviabilidade do reaparelhamento daquelas prisões (Anais do Senado Estadual de São Paulo, 1893: 561). Não obstante a presteza de tais preocupações, Campos Salles, na Mensagem ao Congresso Legislativo de 1897, refere-se ainda à situação das prisões do Estado como "bem longe de corresponder à mais medíocre das aspirações. Justas reclamações surgem de todos os pontos, a começar da própria Capital, onde a Cadeia e a Penitenciária são de uma insuficiência deplorável. Estuda-se um plano geral, tendo em vista satisfazer as necessidades de caráter mais urgente".

A defasagem entre o Código Criminal do Império, de 1830, e os meios para tornar possível o que ele prescrevia, em termos de penas, não foi superada com o advento do Código de 1890. Continuava a ocorrer um descompasso flagrante

(2) Entre as décadas de 30 e 50 do século passado desenvolveu-se grande debate, nos EUA e Europa, sobre o melhor regime penitenciário a ser adotado nas prisões. Dois modelos polarizaram as preocupações: o do isolamento celular absoluto (da Penitenciária de Filadélfia) e o do isolamento celular noturno com trabalho diurno em conjunto sob silêncio (da Penitenciária de Auburn)

(3) Segundo Bandeira Filho (1881) o sistema progressivo ou irlandês compunha-se de três estágios. No primeiro (*penal stage*), durante alguns meses o preso ficava recolhido à cela, no total isolamento, ali trabalhando e submetido a uma dieta rigorosa. O segundo período era chamado de *reformatory stage* e nele os presos pernoitavam na cela e durante o dia trabalhavam em comum. Neste estágio, os presos eram classificados em 4 categorias, progressivas, de acordo com a sua conduta. Já no terceiro estágio ( ), o condenado passava para uma prisão intermediária onde desfrutava de alguma liberdade. Trabalhava em conjunto, tinha suas próprias vestimentas, habitação diferenciada e podia ainda ter concessões de saída e circulação fora da prisão. De acordo com o seu procedimento podia obter licença para sair da prisão e viver em algum lugar fixo, apresentando-se regularmente a uma autoridade policial (liberdade condicional).

entre o que propunha o estatuto legal republicano e o que realizavam os Estados, por meio de suas instituições penais. Assim, a construção de um novo estabelecimento passou a ocupar a agenda dos governantes do Estado de São Paulo desde os primeiros tempos da República.

Simultaneamente a essa percepção "intramuros" da questão penitenciária, ocorriam, especialmente em São Paulo, profundas modificações sócio-econômicas. A partir de meados do século passado, a economia cafeeira desencadeia um novo conjunto de forças políticas e delineia um perfil social mais complexo daquele que possuía até então a Província (Morse, 1970). Ao lado da agricultura exportadora do café, uma pequena formação industrial se esboça; atividades mercantis locais ganham impulso com a extensão da renda garantida especialmente com a imigração e as demais atividades econômicas; intensifica-se o fluxo de recursos financeiros externos que investem em diferentes setores. Reflexos de grande monta se deram sobre os órgãos administrativo-governamentais que passaram a ser solicitados a intervir mais intensamente em alguns setores e a ampliar mesmo o campo de sua atuação.

Essas alterações se evidenciaram com o crescimento da população do Estado que em 1872 era de 837.354 e que passa, no início do século, em 1900, para 2.282.279 habitantes. Foi vertiginosa a expansão da cidade de São Paulo: em 1872, tinha 31.385 habitantes e, em 1900, atinge quase 240 mil (Anuário Estatístico do IBGE de 1971). No exercício de 1858-59, o porto de Santos havia exportado 182.793 sacas de café e em 1885-86 expede 1.657.176 (Sales, 1983). A malha ferroviária, que sustentava e viabilizava o fluxo de riquezas do período, saltou dos 139 km, em 1870, para 3300 Km em 1900 (Love, 1982:94). O número de trabalhadores industriais era de aproximadamente 25 mil no Estado de São Paulo em 1907 (Carone, 1975: 77).

A abolição da escravidão traria uma série de conseqüências em termos de formação do mercado de trabalho. Na nova ordem econômica em fase de transição – onde o trabalho escravo era substituído pelo assalariado – um novo ideário se forjava. Do trabalho como algo degradante, aviltante e quase que sinônimo da condição escrava, o que se colocava naquele momento era a necessidade de talhar um conjunto de idéias no qual o trabalho fosse apresentado como a fonte da virtude, da honradez, da dignidade e da honestidade (Chalhoub, 1986). Esse ideário se espraiou em todos os sentidos nos primeiros tempos da República e foi fundamental para legitimar os meios de controle social que as elites e os governos do período desenvolveram. O alvo: aqueles que não se acomodavam à disciplina do trabalho (vadios, mendigos, loucos, criminosos, menores desamparados).

A proclamação da República trouxe novos componentes para o quadro institucional. Em primeiro lugar, dispôs os Estados de grande autonomia político-administrativa em relação ao governo central, em contraste acentuado com a estrutura de poder até então existente no Império. O que era, de certo modo, uma exigência do setor cafeeiro paulista que clamava por uma capacidade maior de dispor dos recursos gerados no Estado para os fins que julgasse mais convenientes, e não ao sabor das imposições do governo central (Sales, 1983).

Importante para se entender a direção e continuidade impressas aos assuntos administrativos no Estado é notar que a elite paulista conseguiu se manter com uma união relativamente compacta e fiel a alguns princípios, deixando pouca margem a cisões e rupturas internas e sobretudo a descontinuidades governamentais significativas. Assim, a necessi-

dade de São Paulo dispor de um novo estabelecimento penal capaz de dar resposta às demandas então colocadas, tornava-se um consenso. O que variou foi o leque de alternativas ao qual se recorreu (como, por exemplo, a proposta de transformar a Hospedaria dos Imigrantes em Penitenciária, que aparece na Mensagem de Bernardino de Campos ao Congresso Legislativo, 1896) ou o empenho que os governos hipotecaram àquele alvo. Mesmo assim, até a realização de um concurso para a seleção dos projetos para a construção da nova penitenciária, em 1909, os governos não deixam de apontar a urgência de uma solução para o problema das precárias condições das cadeias do Estado. Na mesma Mensagem, de 1896, Bernardino de Campos, na seção curiosamente denominada *Regimen Penitenciario e Escolar*, clamava pela necessidade de estabelecimentos voltados para o controle social:

"Não será ocioso pedir ainda a vossa atenção para a inadiável necessidade de fundar a penitenciária agrícola e o estabelecimento industrial instituídos no Código Criminal para o cumprimento das penas e com aplicação aos vadios e mendigos, assim como asilo para menores".

Igualmente, Albuquerque Lins, em 1909, refere-se à construção de uma nova penitenciária:

"É uma obra que não pode mais ser adiada, sem sofrerem os nossos créditos de civilização sendo certo que a cultura moral de um povo é aferida, em grande parte, pela forma pela qual trata os seus condenados".

Mas essa linha de continuidade, sugerida aqui, com relação às prisões não pode ser desvinculada de uma preocupação mais ampla de higienizar e disciplinarizar o espaço urbano. Isto significava criar um conjunto de instituições capazes de absorver os contingentes soltos que perambulavam pelas cidades, não eram incorporados pela estrutura produtiva e ainda não faziam parte do retrato da vida urbana feito pela elite paulista. O Hospício do Juqueri (1899), teoricamente era destinado aos alienados, mas na prática acolhia vários segmentos marginais como apontou Cunha (1986); o Instituto Disciplinar, em atividade desde 1903, era voltado para os menores delinqüentes; a Colônia Correcional, em funcionamento desde 1907, na Ilha dos Porcos, recolhia os vadios. Estas instituições são concebidas e edificadas no espaço de alguns anos entre o final do século passado e início deste. Isto sem contar com as inúmeras cadeias públicas, escolas, órgãos de saúde e higiene pública que são também criados no período. A reforma da polícia civil (Souza, 1992) e as preocupações com a força pública (Fernandes, 1974) completam o quadro destes investimentos diretos, massivos dos quais o governo estadual lançou mão para promover um controle social mais intenso da sociedade do período.

É certo que o governo republicano não inventa, por assim dizer, muitas destas instituições, mas as dispõe, remodeladas ou criadas, num novo arranjo. Potencializa-as mediante uma requalificação técnica de seu funcionamento. Confere a elas uma nova visibilidade e, ainda, estreita a distância entre estas verdadeiras ilhas de um arquipélago que então se formava. O transito aí de alguns personagens, e portanto de seus discursos, é ilustrativo do grau de envolvimento das elites com o seu próprio projeto de construção da sociedade neste período. Ramos de Azevedo estava à frente da construção do Teatro Municipal da mesma forma como construiu residências para a elite do café e ainda foi o responsável pela edificação do Hospício do Juqueri, da Colônia Correcional e da própria Penitenciária, a partir de 1911. Franco da Rocha dirige praticamente toda a política de saúde mental do Estado, o próprio Juqueri e integra, junto

com Ramos de Azevedo e outros, aquela comissão constituída em 1893 para apresentar soluções para os problemas das prisões do Estado, em particular para a penitenciária da Tiradentes. Franklin de Toledo Piza havia sido delegado-geral de polícia e depois permanecerá, por vários anos, como o primeiro diretor da Penitenciária do Estado. Percurso parecido tem Alfredo Issa Assaly, que também sai das fileiras da polícia para a vice-diretoria daquela prisão. Candido Motta é professor da Faculdade de Direito, deputado, autor de projetos sobre a necessidade de construção de um Instituto Disciplinar e de uma Colônia Correcional (que acabaram sendo realidade) e vai ser o presidente da comissão julgadora de seleção do projeto para a construção da Penitenciária do Estado.

Não é desprezível o papel desempenhado pelo Estado neste processo de disciplinarização, por conta de sua capacidade de alocação de recursos e pelas atribuições próprias que possuía ou que avocava para si. Até mesmo nas formas mais sutis de ajustamento dos indivíduos aos novos tempos de metrópole que São Paulo começa a viver no início do século, como por exemplo as práticas esportivas, o Estado não deixa de ter aí um papel relevante (Sevcenko, 1992).

Assim, é intensa a ação dos governos republicanos locais, a partir do final do século passado, na remodelação da cidade de São Paulo, para onde afluem contingentes cada vez maiores de imigrantes, ex-escravos, capitais e mesmo parcelas das elites. Essa remodelação, de um lado, implicava redesenhá-la para se adaptar ao novo perfil industrial e comercial que se corporificava. Novas avenidas, investimentos em serviços em geral (água, energia, saúde, educação) e na área de segurança pública em particular. Por outro lado, tudo era feito dentro de uma nova percepção da cidade que as elites locais apresentavam (Morse, 1970 e Lemos, 1993), onde a influencia francesa deslocava a ibérica e onde a demolição da cidade de taipa era sinônimo de corte com o acanhamento de um passado colonial-imperial. Os prédios e obras públicas, em geral, eram alguns dos meios pelos quais as elites tentavam ajustar a vida e a paisagem urbana aos tempos de "progresso material e moral" em curso no início do século.

Outro aspecto importante é que os primeiros tempos da República Velha tiveram forte presença dos princípios da filosofia positivista de ordem e progresso. A vadiagem, a loucura, a mendicância, o crime, a infância desamparada e ainda os operários grevistas ou os anarquistas eram personagens de um cenário que os governos paulistas, certamente influenciados por aqueles princípios, identificavam como corruptores da ordem. Julgava-se difícil assegurar o progresso do Estado sem um controle dos segmentos sociais afetos àqueles desvios.

O estabelecimento de uma ordem fundada no trabalho e na disciplina ganhava cada vez mais força no período. Por exemplo, ao lado da colocação em funcionamento do Hospício do Juqueri, do Instituto Disciplinar e da Colônia Correcional, o cerceamento do espaço para um estrato desamparado e potencialmente delinqüente era assim pensado por Albuquerque Lins, na sua Mensagem ao Congresso Legislativo, encaminhado em 14 de julho de 1909, citando uma solicitação feita no ano anterior:

"O sistema repressivo e preventivo do Estado se vai desenvolvendo, e, assim, entende o Governo que é necessário completá-lo cada vez mais, autorizando-se agora a criação de Institutos Industriais destinados a recolher, afeiçoar à vida moral pelo trabalho, pela escola e por um regime disciplinar, os menores de 21 anos, que ainda não são criminosos, e que ainda não são mesmo viciosos, mas que, não dispondo de proteção paternal,

ou de auxílio tutelar, constituam os moralmente abandonados, os candidatos ao delito ou, pelo menos, os incapazes do trabalho e da virtude, destinados a pejarem uma sociedade na qual serão elementos inúteis, quando não forem prejudiciais" (Egas, 1927:300).

Conclamava, assim, não só o Estado mas também o setor privado a concorrerem para a criação de tais institutos industriais. Preocupações estas que já haviam sido colocadas pelo senador Paulo Egídio em 1893, quando propôs, por meio de um projeto de lei, a criação do que denominou Asilo Industrial de São Paulo, voltado para os mesmos segmentos sociais. Curioso é que seu projeto se encaixava no que ele próprio designava reforma penitenciária pela qual se empenhou ao longo de sua vida parlamentar (Anais do Senado do Estado de São Paulo, 1893).

Não seria estranho a esse universo de preocupações o sentido do projeto aprovado da nova penitenciária, feito por Samuel das Neves, denominado *Laboravi Fidenter*[4], cuja construção teve início em 1911. É marcante nele a questão da presença de amplas e diversificadas oficinas de trabalho ao lado dos pavilhões celulares. Atribui-se ao estabelecimento o caráter de instituição de "regeneração" social dos condenados pelo trabalho. As dimensões monumentais da penitenciária viriam acompanhadas de um forte sentido de organização, higiene, disciplina e trabalho. Ao lado do ramal do Tramway da Cantareira que demandava o Guapira, longe do centro, mas não distante de seus olhos, a Capital veria surgir uma prisão, cuja força simbólica, expressava a repressão, o controle, a contenção ao crime, mas também demonstrava a capacidade do Estado em promover ali um simulacro de educação, produtividade e organização.

A construção se arrastou de 1911 até 1920, aos cuidados do escritório de engenharia de Ramos de Azevedo. Mesmo assim, quando inaugurada, apenas parte de seu projeto havia sido concluído, faltando ainda o pavilhão escolar, um pavilhão para os portadores de moléstias infecciosas, uma enfermaria e área para serviços médicos e também o "manicômio criminal" para aquela área planejados. A conclusão das obras demoraria ainda alguns anos.

A direção do estabelecimento foi confiada, de 1920 a 1932, a Franklin de Toledo Piza, que saíra das fileiras dirigentes da Polícia local e fora também diretor da Penitenciária da Tiradentes. Seu discurso na cerimônia de inauguração deu o tom das preocupações que norteariam então as atividades do tratamento penal. O livre-arbítrio foi atacado como fundamento metafisico para explicar as causas dos crimes e para servir de base para o desenvolvimento de atividades regeneradoras do indivíduo condenado. Aos fundamentos "etéreos" do direito clássico, contrapôs o referencial da "ciência" para explicar o crime e dar as diretrizes para a ação de correção dos indivíduos. A escola positiva, segundo ele, assentava, portanto, o direito de punir em outras bases, "procurando-as no estudo do delinqüente e do delito, como fenômeno social, regidos pelas mesmas leis que regulam o mundo físico". Ao lado deste discurso, cada vez mais encharcado de cientificismo, o trabalho penal foi colocado não apenas como "um agente lucrativo, uma fonte de proveitos materiais" mas sobretudo como o "mais poderoso auxiliar da moral".

Por muito tempo, a Penitenciária do Estado foi local de visitação para estudantes de direito e personalidades que passavam pela cidade. A euforia e o

(4) Pode-se traduzir a expressão por "Eu trabalhei com empenho" ou "Eu trabalhei com ousadia".

entusiasmo com a capacidade desta prisão em "regenerar" os condenados foram grandes. Ao longo da década de 20, nada parecia abalar o prestígio que esta prisão desfrutava. Inquestionável se apresentava a condução do tratamento embebido nas correntes criminológicas de manifesta influência lombrosiana. Tudo parecia correr sem tropeços e dentro de uma cadência "cientificamente planejada". É tão somente por meio de meticulosa varredura nos documentos internos da Penitenciária do Estado, escritos de estudiosos e num ou noutro artigo da imprensa deste período que se consegue levantar informações que indicavam os desmandos, as violências praticadas na Penitenciária, assim como a resistência que opunham os presos ao "tratamento exemplar" que ali era imposto. Expressão maior desta resistência, ou ao menos a mais famosa, foi a figura de Gino Amletto Meneghetti.

Só a partir da década de 30 que o discurso da unanimidade, do consenso, mas sobretudo do silêncio às vozes dissonantes se defrontou com questionamentos mais explícitos. Mesmo assim, importante questão a ser esclarecida por outros estudos é que nestas críticas que foram surgindo os fundamentos teóricos baseados nas correntes criminológicas positivistas que lastreavam a concepção e funcionamento da Penitenciária não são postos sob suspeita, mas são apenas colocados como meros alvos de revisões, reformas, aperfeiçoamentos.

A concepção e implantação da Penitenciária do Estado inseriram-se, portanto, no quadro da montagem de uma nova configuração urbana e social que as elites procuravam estabelecer. São articuladas novas e antigas instituições a mecanismos destinados à disciplinarização e ao controle de uma sociedade imersa num processo de mutação até aquele momento jamais vivido. O papel da Penitenciária foi talvez o de dar visibilidade a uma forma de punir marcada por algumas preocupações fundamentais do período que eram a disciplina, sobretudo no trabalho, a ordem, a organização, sob a influência de uma visão cada vez mais positivista do crime e do criminoso.

O Estado republicano – visto aqui na sua dimensão e manifestação no plano do Estado de São Paulo – foi, assim, peça fundamental no delineamento da ordem pública. O que significa encará-lo não na sua pretensa ausência diante do jogo livre das forças do mercado, em meio a um liberalismo fugaz ou circunstancial que a República Velha viveu. Mas sim como articulador e promotor de uma ordem na qual a centralização e a concentração dos meios materiais e não-materiais para o exercício do poder se fazia de modo efetivo no plano estadual paulista. E isto se dava, entre outras coisas, por meio da implantação de uma rede de instituições especializadas, mas ao mesmo tempo articuladas, destinadas a alcançar, incorporar e controlar setores cada vez mais amplos da sociedade.

Por fim, porém não de menor importância, deve-se ter como hipótese também que essa presença do Estado, na constituição mesma de um certo ordenamento político e público, vem informada e perpassada pelo registro das correntes positivistas do direito, ou "nova escola penal", como se dizia na época. O Código Penal de 1890 era de corte liberal e clássico, o que significava que o crime era ainda encarado na dimensão própria do fato e não do criminoso. O escopo da pena era uma retribuição ao crime cometido. O livre-arbítrio era o eixo de sustentação do direito clássico; portanto, entendia-se que a ruptura do contrato consistia numa opção individual. Por sua vez, o direito positivista procurava centrar a questão do crime e da punição no indivíduo e nas suas determinações biológicas, sociais e psicológicas. Se a ele escapam os motivos do cometimento de

ações criminosas, nada mais "natural" e justificável do que a ação corretiva, regeneradora que a pena de prisão deve realizar. A questão era fazer com que o Estado promovesse a defesa social contra tais indivíduos que, no limite, eram doentes, portadores de determinações que escapavam ao seu arbítrio e, portanto, merecedores da tutela e de tratamento penal.

Neste sentido, o Código de 1890 foi alvo freqüente de críticas da parte de amplos setores (juristas, políticos, administradores). A partir delas, por exemplo, procurava-se justificar a tutela de menores abandonados (desamparados) pelo Estado; ou, então, clamava-se pelo direito deste de dispor de penas indeterminadas como recurso para poder devolver um condenado à sociedade só quando devidamente "regenerado" pela pena de prisão. Não foi mero acaso ou modismo, portanto, a presença no Brasil de correntes criminológicas inspiradas em Lombroso, Ferri e outros. Serviam estas teorias de esteio para a atuação da polícia e das prisões e para justificar as práticas de gestão das instituições que surgiram na passagem do século; além de respaldar ideologicamente a intervenção do Estado no contexto dos controles e inserções que promovia por meio destas instituições. Talvez seja possível concluir que a Penitenciária do Estado de São Paulo foi uma das primeiras formas pelas quais se materializaram tais ideais da escola positivista do direito no Brasil. O que significa, muito provavelmente, que tenha colaborado de modo importante para dificultar a conformação de uma cidadania que os anseios liberais sonhavam emergir com a Constituição de 1891.

Bibliografia

Relatórios dos Presidentes de Província à Assembléia Legislativa Provincial de São Paulo.

Relatórios dos Secretários de Justiça e Segurança Pública ao Presidente do Estado.

Relatórios dos Secretários do Interior ao Presidente do Estado.

Mensagens dos Presidentes do Estado ao Congresso Legislativo.

Anais do Senado do Estado de São Paulo.

Anuário Estatístico do IBGE, 1971.

ALVAREZ, Marcos C. (1996) *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil – 1889-1930.* Tese de Doutorado em Sociologia. FFLCH, USP, São Paulo.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza (1881) *A Questão Penitenciária no Brazil.* Rio de Janeiro Typ.R.D. de Oliveira.

CARONE Edgard (1975) *A República Velha – instituições e classes sociais.* São Paulo: Difel.

CHALHOUB, Sidney (1986) *Trabalho, Lar e Botequim: o cotidiano dos trabalhadores do Rio de Janeiro na Belle Epoque.* São Paulo: Brasiliense.

CUNHA, M. Clementina P. (1986) O Espelho do Mundo: Juquery a história de um asilo. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

EGAS, Eugenio (1927) *Galeria dos Presidentes de São Paulo.* São Paulo, O Estado de São Paulo, v. II.

FERNANDES, Heloisa R. (1974) *Política e Segurança.* São Paulo: Alfa-Ômega.

LEMOS, Carlos A.C. (1993) *Ramos de Azevedo e su Escritório.* São Paulo: Pini.

LOVE, Joseph (1982) *A Locomotiva: São Paulo na federação brasileira 1889-1937.* Rio de Janeiro: Paz e Terra.

MORSE, Richard (1970) *Formação Histórica de São Paulo: de comunidade à metrópole.* São Paulo: Difel.

MOTTA, Candido N.N.(1910) "A Nova Penitenciária da Capital de São Paulo – Relatório da Comissão Julgadora dos Projetos apresentados ao Governo do Estado". *São Paulo Judiciário,* 23(89-92): 176- 195.

PIERANGELLI, José H. (1980) *Códigos Penais do Brasil. evolução histórica.* Bauru: Jalovi.

RIESTRA, Juan Silva (1936) "La carcel modelo de San Pablo". *Archivos de Medicina Legal e Identificação,*13 (jun.): 377-381.

SALES, João Alberto (1983) A Pátria Paulista. Brasília, Ed. Unb.

SALLA, Fernando (1997) *O Encarceramento em São Paulo: das enxovias à Penitenciária do Estado.* Tese de Doutorado em Sociologia, FFLCH, USP, São Paulo.

SANT'ANNA, Nuto (1937) São Paulo *Histórico – aspectos. Lendas e costumes.* São Paulo, Depto. de Cultura, Vol II.

SANT'ANNA, Nuto (1951) "Comissão de Visitas a Estabelecimentos de Caridade e Prisões 1929-1841" IN: *Documentário Histórico.* São Paulo, Depto. de Cultura, v. II, p. 69-129.

SEVCENKO, Nicolau (1992) *Orfeu Extático na Metrópole: São Paulo, sociedade e cultura nos frementes anos 20.* São Paulo: Cia das Letras.

SOUZA, Luis A.F. de (1992) *São Paulo, Polícia Urbana e Ordem Disciplinar: a polícia civil e a ordem social na primeira república.* Dissertação de Mestrado, FFLCH, USP, Depto. de Sociologia.

TAUNAY, Afonso d'E. (1961) *História da Cidade de São Paulo sob o Império – 1831-1842.* São Paulo, Depto. de Cultura, v. V.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

CHRISTOPHER LASCH E ANTHONY GIDDENS: DUAS REFLEXÕES ACERCA DA DEMOCRACIA NO LIMIAR DO SÉCULO XXI.

MARIA JOSÉ DE REZENDE*

SUMÁRIO: Introdução – 1. Christopher Lasch: as elites e a traição da democracia – 1.1 elites, massas e democracia – 1.2 Lasch e a tentativa de desvendamento do significado da democracia na sociedade americana – 2. Anthony Giddens e a democracia dialógica – 2.1. A solidariedade social como fundamento da democracia dialógica – 3. Considerações finais – 4. Referências bibliográficas.

Introdução

Dentre os diversos pensadores que buscam refletir e compreender a sociedade atual, no que tange à questão da democracia, tendo em vista os redimensionamentos das relações sociais, no final do século XX, foram escolhidos, para a construção deste artigo, Christopher Lasch, em *A rebelião das elites e a traição da democracia* e de Anthony Giddens, em *Para além da esquerda e da direita.*

As reflexões sobre as condições sociais, econômicas, políticas e culturais da atualidade estão presentes, de modo singular e específico, no interior destas obras. Não há, necessariamente, um debate explícito entre elas, mas existem, certamente, preocupações comuns enfocadas por perspectivas distintas.

Esclarece-se que estas indagações referem-se aos países do chamado primeiro mundo e buscam compreender, dentre outras questões, os caminhos da democracia no final deste século.

(*) Professora de Sociologia da UEL e Doutora em sociologia pela USP.

1. Christopher Lasch: as elites e a traição da democracia

Logo no início de sua obra, *A rebelião das elites e a traição da democracia,* Lasch observa que uma parte significativa de seus trabalhos tem como objetivo refletir sobre o devir da democracia. Esta é, porém, uma preocupação que, segundo ele, não se restringe às investigações das ciências sociais, pois está presente na cabeça de todos aqueles (cientistas ou não) que indagam sobre o futuro das sociedades atuais.

Na sua concepção há, nos EUA, por exemplo, uma crescente perspectiva pessimista quanto às possibilidades democráticas, o que tem a ver com "o declínio das indústrias, com a conseqüente diminuição de empregos; o encolhimento da classe média; o número cada vez maior de pessoas pobres; a ascensão do índice de criminalidade; o florescente tráfico de drogas; a decadência das cidades (....). Ninguém tem uma solução plausível para esses problemas incuráveis, e quase tudo que passa por discussão política nem mesmo se refere a eles". (Lasch, 1995: p. 11)

Um dos elementos agravadores por excelência desta situação é que, afirma Lasch, as elites se distanciaram de modo descomunal da população em geral. As classes privilegiadas tornam-se cada dia mais isoladas, no caso dos EUA, das demais classes da sociedade, o que é, indubitavelmente, uma das causas do processo crescente de invisibilidade das elites. Estas estão, segundo ele, empenhadas em criar um mundo exclusivo no qual se desenvolve, quotidianamente, diversos mecanismos de evitar qualquer relação com a sociedade a sua volta. "O caráter artificial, irreal, da nossa política reflete o seu isolamento da vida comum, junto com uma secreta convicção de que os problemas reais são insolúveis". (Lasch, 1995: p.12)

Há, neste final do século, um processo contínuo de desmantelamento das possibilidades de democracia pois as classes privilegiadas romperam com uma ética de responsabilidade civil. O processo de isolamento das elites, bem como a sua tendência para criar um mundo exclusivo, é algo conectado inteiramente nas próprias condições de desenvolvimento do capitalismo na atualidade.

Durante todo o século XX, a teoria elitista da democracia empenhou-se em atestar a equalização entre o capitalismo e a democracia. Lasch, no entanto, mostra, nesta obra, que as condições de reprodução do capital no mundo atual implode, indiscutivelmente, esta consubstancialidade. "A mobilidade do capital e a emergência de um mercado global" podem ser tomadas como exemplo deste processo de desmantelamento das possibilidades da democracia.

"As novas elites, que incluem não só gerentes de empresas, mas todos os profissionais que produzem e manipulam informações – a alma do mercado global – são muito mais cosmopolitas ou, pelo menos, mais inquietas e migratórias, do que suas antecessoras. A prosperidade nos negócios e nas profissões, hoje em dia, requer disposição para se deixar levar pelo canto das sereias das oportunidades, seja para onde ele nos conduzir. Quem fica em casa, priva-se da chance de ascensão." (Lasch, 1995: p.13)

O ideal democrático sofre, na atualidade, observa Lasch, uma verdadeira erosão, tendo em vista que os pressupostos de igualdade e de liberdade estão cada vez mais restritos a uma promoção seletiva "de tudo o que não é elite à classe de profissionais e empresários". (Lasch, 1995: p.14). O processo descrito no parágrafo anterior leva à cristalização de um corpo de valores absolutamente desconexos dos valores democráticos. A partir do momento em que estas novas elites desenvolvem uma visão turística do mundo não se pode vislumbrar qualquer dedicação, de suas partes, à causa da democracia.

Referindo-se à sociedade americana, Lasch argumenta que os slogans como diversidade, solidariedade, poder, direitos, etc., demonstram que quando se fala em democracia a referência básica passou a ser a democratização da auto-estima entendida como a expressão de uma esperança melancólica "de que divisões profundas na sociedade (...) possam ser superadas pela boa-vontade e pelo discurso." (Lasch, 1995: p.15)

Com base na idéia de realização da boa-vontade, segundo ele, seriam enterradas as possibilidades da democracia, tendo em vista que o discurso nestes termos procura enfatizar a necessidade de que minorias e grupos sociais sejam reconhecidos em função de seu sofrimento e não de suas conquistas. Ou seja, de modo sutil e às vezes até imperceptível estaria, assim, ocorrendo a inviabilização dos ideais democráticos que devem se pautar na conquista, na participação e numa igualdade que não pode ser confundida com mesmice.

"Mesmice não é igualdade, e 'igualdade política, portanto, é exatamente o

oposto da igualdade diante da morte', diz Arendt, (...) ou da igualdade diante de Deus'. (Arendt, 1984) A igualdade política – a cidadania – iguala pessoas que, de outra forma, seriam desiguais por suas aptidões, e a universalização da cidadania deve, portanto, vir acompanhada não só pelo treinamento formal nas artes civis como por medidas destinadas a garantir a distribuição mais ampla de responsabilidades econômicas e políticas, cujo exercício é até mais importante do que o treinamento formal do ensino do bom julgamento, do discurso claro e coerente, da capacidade de decisão e da disposição em aceitar as conseqüências de nossas ações." (Lasch, 1995: p. 106-7)

A pressuposição da igualdade como mesmice soterra os seus fundamentos desenvolvidos no século XIX, os quais não se pautavam por uma concepção sentimental de que todos são iguais. Em outros termos, a existência de direitos iguais tem que ser tomada como a base da democracia, mas isto não basta de modo algum.

Um outro dado fundamental é que nas teorias da democracia do início do século XIX, observa Lasch, a democracia supunha uma ampla distribuição da propriedade. Este elemento sofreu, na atualidade, um verdadeiro processo de implosão. Riqueza altamente concentrada e pobreza descomunal deixaram de ser consideradas fatais para a democracia. (Lasch, 1995: p. 16)

Ainda nesta mesma linha, procurando detectar quais são os pontos sombrios que atuam como elementos de desesperança nas possibilidades futuras da democracia, Christopher Lasch enfatiza a deterioração do debate público. "A democracia requer uma vigorosa troca de idéias e opiniões. Idéias, como a propriedade, precisam ser distribuídas da maneira mais ampla possível. Na era da informação, o povo americano está notoriamente mal-informado. A explicação para este paradoxo é óbvia, embora raramente apresentada: tendo sido efetivamente excluídos do debate público, com base na sua incompetência, a maioria dos americanos não sabem mais o que fazer com a enorme quantidade de informações que lhes são impingidas. (...) Na ausência da conversa democrática, a maioria das pessoas não se sentem incentivadas a dominar o conhecimento que as transformaria em cidadãos capazes". (Lasch, 1995: p. 20-1)

A ausência do debate, o abandono das instituições públicas e o isolamento dos ricos do mundo real vivido pelas grandes maiorias seriam, assim, os dados indicadores de um processo de perda paulatina da capacidade da sociedade atual, como no caso da americana, de construir a democracia. Lasch dá destaque ao isolamento das classes altas, pois, para ele, a perda de contato com a vida comum potencializa o desprezo pelas classes inferiores e o desinteresse em atuar para que haja uma sociedade em que sejam amenizadas as desigualdades sociais e políticas.

Tendo em vista que Christopher Lasch considera parte das classes altas não somente os proprietários do capital, mas também os seus administradores e os seus produtores de novas tecnologias, ele insiste em que a possibilidade de que estes últimos e todos os demais setores pensantes atuem em favor da uma sociedade democrática é basicamente nula, pois estes vivem não na realidade, mas em um "mundo simulado", ou seja, na hiper-realidade. "No impulso de se isolarem dos riscos e das contingências – protegendo-se dos infortúnios imprevisíveis que afligem a vida humana – as classes pensantes se separaram não só do mundo comum circundante, como da própria realidade". (Lasch, 1995: p. 30)

A democracia, segundo Lasch, só tem chance de florescer se os conflitos de

classes não forem dissimulados, ou seja, se eles forem enfrentados na esfera pública, o que é cada vez mais remoto. Tendo como base a análise da sociedade americana, ele argumenta que uma parte significativa da elite esclarecida não estaria mais voltada para a difusão de seus valores e concepções de mundo para a maioria e muito menos para a fomentação de debates públicos, isto é, esta elite estaria muito mais interessada em "criar instituições paralelas ou 'alternativas', onde não será mais necessário entrar em confronto com os não esclarecidos". (Lasch, 1995: p. 30-1).

Um outro elemento destacado por este pensador em sua reflexão sobre as dificuldades da democracia no limiar do século XXI é o nível alarmante de desigualdade econômica. Há um luxo absurdo que depõe contra todo e qualquer ideal de democracia, o qual estaria se perdendo na medida em que a influência da riqueza contamina todas as esferas. "Por este motivo, uma sociedade democrática não pode permitir acúmulos ilimitados. A igualdade civil e social pressupõe pelo menos uma grosseira aproximação do que seja igualdade econômica". (Lasch, 1995: p. 32)

1.1 Elites, massas e democracia

O título do livro *A rebelião das elites* foi dado por Lasch como primeira referência à obra de Ortega y Gasset denominada *A rebelião das massas* (ORTEGA Y Gasset, 1962). Sua argumentação visa contestar as afirmações de que a massa teria traído a democracia e demonstrar que as elites, sim, são, na atualidade, as verdadeiras ameaças aos ideais democráticos. Estas "controlam o fluxo internacional de dinheiro e as informações, presidem fundações filantrópicas e instituições de ensino superior, administram os instrumentos de produção cultural e, portanto, estabelecem os termos do debate público." (Lasch, 1995: p. 38) Nessas condições, cristaliza-se quotidianamente uma forma de domínio e de cultura que eleva os valores antidemocráticos da classe burguesa a patamares até então desconhecidos.

Os elementos que serviram de base para que inúmeros pensadores (Mosca, Pareto, Ortega y Gasset, dentre outros) sustentassem que os valores mantenedores da democracia eram inerentes à elite e, portanto, ela estaria incumbida de sua implementação, foram responsáveis por uma contínua insistência na equalização entre capitalismo e democracia. Consubstancialidade esta que deixou de ter sentido à medida que as próprias elites abandonaram os ideais democráticos à sua própria sorte. Aqueles setores que estão no topo da hierarquia social não estão, de modo algum, interessados na democracia.

Se no passado a elite econômica lutava para parecer democrática isto não é mais verdade no final do século XX. Em termos gerais, o conjunto de relações sociais demonstra que suas preocupações não se situam mais neste patamar, esta elite exige somente condições para potencialização de suas fortunas e de seus luxos. Neste caso, as falas e justificativas dos governantes de que suas ações visam manter a democracia são vazias e estéreis, pois não têm conexão com o que ocorre, de fato, nas diversas esferas da sociedade.

As novas elites, principalmente as classes profissionais, que dão os novos tons ao conjunto de relações sociais estabelecidas na sociedade atual são "simultaneamente arrogantes e inseguras (e) olham as massas com um misto de desprezo e apreensão"; (Lasch, 1995: p. 41) o que teria a ver, dentre outras coisas, com um medo constante de perder o status. Mannheim já havia chamado a atenção para o fato de que grupos e/ou indivíduos nessas condições não têm como desenvolver uma mentalidade

democrática mas, ao contrário, desenvolvem uma consciência autoritária voltada para os seus interesses pessoais. Em síntese, este último cientista social afirmava que somente os que se sentem seguros são capazes de enfrentar os conflitos de modo publicizado. (Mannheim, 1972, p. 261-287)

Mas, como demonstra Lasch, as novas elites se fundam numa crescente aflição de que elas venham a ser rebaixadas na hierarquia social. Sua forma de defesa é irracional e "se expressa em toda a sua intensidade, no fanatismo religioso, na sexualidade reprimida que ocasionalmente explode em violência contra as mulheres e os gays, e num patriotismo que apóia as guerras imperialistas e uma ética nacional de masculinidade agressiva". (Lasch, 1995: p. 41) Os ideais democráticos são soterrados em tais condições tendo em vista que eles são inerentes a toda estrutura social e não somente à esfera política.

"O curso geral da história recente já não favorece o nivelamento das distinções sociais, mas aproxima-se, cada vez mais rápido, de uma sociedade biclassista em que uns poucos favorecidos monopolizam as vantagens do dinheiro, da educação e do poder". (LASCH, 1995, p.42) Através desta afirmação, Lasch estabelece uma ponte para pensar os países latino-americanos, asiáticos e africanos, nos quais as diferenças sociais assumem um caráter tão agigantado que só podem ser compreendidas levando-se em conta que as perspectivas de constituição da democracia, nestas sociedades, foram soterradas.

Os elementos indicadores da implosão dos ideais democráticos não se situam apenas no nível da atuação negativa da elite, que pode ser sintetizada no seu não-compromisso com aqueles ideais mas, também, na indiferença dos membros da não-elite com o acirramento da pobreza, da violência e do desespero de grande parte da população. "Agora mesmo, a devastação é tão grande que a nossa única reação diante dos espetáculos de fome e miséria com as quais a mídia nos presenteia todos os dias não é tanto de indignação quanto de indiferença". (Lasch, 1995: p. 43)

As dificuldades da democracia têm a ver, para Lasch, com o desmantelamento da vida civil, o qual não está vinculado somente aos acontecimentos da esfera política, mas também às mudanças que ocorrem na esfera econômica. Estas últimas, nos chamados países em desenvolvimento, têm praticamente solapado o nível de vida das chamadas classes médias, empurrando-as não para a reação quanto às suas próprias condições, mas para uma apatia estarrecedora. Elas têm acesso à instrução e à informação, mas não se indignam contra a sua própria situação e, muito menos, contra o crescente abismo que se estabelece entre riqueza e pobreza.

Nos Estados Unidos, por exemplo, Lasch afirma que as mudanças econômicas que têm afetado a classe média são visíveis, principalmente, no desemprego e na não-possibilidade das novas gerações em adentrar no mercado de trabalho. É preciso esclarecer que o autor distingue classe média (aquela que tem um ganho anual entre 15 e 50 mil dólares por ano) e classe média alta que ele considera "o coração das novas elites profissionais e empresariais", a qual "é definida, além de sua renda em rápida ascensão, não tanto por sua ideologia quanto por um estilo de vida que a distingue, mais ou menos inequivocamente, do resto da população". (Lasch, 1995: p. 46)

Envolta em uma crescente indiferença com a possibilidade de fortalecimento da vida civil, a parte mais pobre da classe média tem em comum com a parte mais rica deste mesmo segmento social não a renda e/ou o estilo de vida, mas o não-

interesse na constituição de uma sociedade estruturalmente democrática. Os seus apoios a discursos políticos vazios e estéreis sobre a democracia revelam uma não-disponibilidade por parte deste estrato social de se ocupar em construir espaços por onde deveria fluir a publicização das relações sociais.

Todos os caminhos trilhados pelos diversos segmentos da classe média são buscas de saídas individuais para si e para os seus filhos que estudam em escolas privadas tão caras quanto os pais podem pagar. Referindo-se aos EUA, Lasch argumenta que "a um grau alarmante, as classes privilegiadas – amplamente definidas como os 20% do topo – se tornaram independentes não só das cidades industriais decadentes, mas também dos serviços públicos em geral. Enviam seus filhos para escolas particulares, protegem-se de emergências médicas ingressando em planos de saúde sustentados pelas empresas e contratam guardas de segurança privada para protegê-los da crescente violência que as ameaça. Na verdade, afastaram-se da vida comum." (Lasch, 1995: p. 59)

O afastamento da vida comum é, para Christopher Lasch, o sintoma mais importante do diagnóstico de que há uma enorme ausência de qualquer interesse, por parte das elites, na constituição de uma sociedade democrática. O abismo entre as classes políticas e as pessoas comuns e entre estas últimas e as elites empresariais e profissionais produz e reproduz, quotidianamente, as condições do distanciamento e da ausência mencionados acima.

A classe média alta, por exemplo, luta para "manter a ilusão de que seu poder se apóia na inteligência apenas" (Lasch, 1995: p. 53). Isto é um dado essencial para se compreender a sua posição na sociedade, ou seja, "ela se considera uma elite que se fez por si própria e deve seus privilégios exclusivamente aos seus esforços", (Lasch, 1995: p. 53) portanto, seu compromisso é consigo mesma e a sua própria compensação é um estilo de vida o mais luxuoso possível.

"O luxo é moralmente repugnante, e sua incompatibilidade com os ideais democráticos, mais do que isso, tem sido coerentemente reconhecido nas tradições que moldam a nossa cultura política". (Lasch, 1995: p. 32)

Os hábitos mentais das novas elites depõem contra as possibilidades da democracia à medida que ela não se considera, nem um pouco, responsável pela sociedade em que está inserida, ou seja, todos os méritos de sucesso e ascensão são seus e desconexos da vida social. Inseridas numa economia em que ter méritos é sinônimo de compulsão por produzir, assiste-se, cada vez mais fortificado, ao florescimento de uma atitude mental confluente com o sistema capitalista atual.

As novas elites não se sentem, deste modo, comprometidas com a melhoria das condições de vida, de educação e de segurança de seus países. Ela luta, na verdade, para se desvencilhar de toda e qualquer obrigação que a cidadania impõe. Estaria aí a explicação para a sua ira contra os serviços públicos e seu empenho na construção de suas cidades fechadas, por exemplo. Em síntese, ela não se incomoda em gastar mais e mais em escola, segurança e saúde, mas luta freneticamente para se livrar de pagamentos de impostos que deveriam ser convertidos em bens para a sociedade como um todo.

1.2 Lasch e a tentativa de desvendamento do significado da democracia na sociedade americana

Segundo C. Lasch, a democracia sempre foi definida pelos americanos que constróem a opinião pública em termos de possibilidade de ascensão social.

Nestes termos, o que estaria na base desta democracia que se equalizava ao consumo era o sonho de mobilidade social.[1] Em termos gerais, a sociedade americana era divulgada como democrática essencialmente por esta oportunidade oferecida aos seus membros.

Mas a perspectiva de mobilidade social, no limiar do século XXI, está em franca deterioração. Ou seja, a ilusão estaria se desfazendo tendo em vista que o próprio modo de organização da vida social torna as expectativas de melhorias, para a maioria da população, menos promissoras. As dificuldades do ideal americano de democracia parece evidente, pois este ideal associa-se ao conceito de mobilidade que, por sua vez, mostra-se cada vez mais enredado pela realidade sócio econômica em vigor.

A democracia americana sempre esteve consubstanciada, segundo Lasch, à idéia de que a chance de vencer era incontestável no país. Numa espécie de terra prometida, a possibilidade de ascensão social apareceu sempre como elemento indicador de que a democracia prevalecia na América. No entanto, faz-se necessário questionar quais os rumos que esta perspectiva de democracia tomaria na sociedade americana, tendo em vista o encolhimento da classe média.

"A classe média generosamente definida como aquele grupo de pessoas cujas rendas variam de US$15 mil a US$ 50 mil por ano, declinou de 65% da população, em 1970, para 58%, em 1985. Estes números transmitem apenas a impressão parcial, imperfeita, das mudanças significativas que vêm ocorrendo num espaço de tempo notavelmente curto. O crescimento constante do desemprego, incluindo agora também os trabalhadores de colarinho branco, é mais revelador." (Lasch, 1995: p. 44)

O modo de estruturação da organização social, no mundo contemporâneo, seria indicador de um novo processo de hierarquização, em que 20% da população ganha paulatinamente mais e mais *status* e riqueza e os 80% restantes enfrentam a perda constante de posição na pirâmide social. E por que este é um dado essencial para se pensar as dificuldades da democracia na América atual?

Em termos gerais, toda argumentação de Lasch está centrada na convicção de que os ideais democráticos dos americanos se formaram menos pelo exercício da cidadania e mais pelo processo de identificação da mobilidade social com a democracia, o que esclareceria a fragilidade desta última diante de uma realidade que passa a refrear, não em um âmbito conjuntural, mas estrutural, as possibilidades de ascensão.

A concepção americana de democracia associada à mobilidade tem fundamento, segundo Lasch, bastante anterior a nossa era. Ou seja, os escritos de Jefferson, por exemplo, plantaram as bases para o desenvolvimento deste ideário de democracia na medida em que a "essência da democracia jeffersoniana, (...), era a determinação de substituir uma aristocracia da riqueza por uma

(1) Segundo Jean Baudrillard, na atualidade, "o princípio democrático acha-se então transferido de uma igualdade real, das capacidades, responsabilidades e possibilidades sociais, da felicidade (no sentido pleno da palavra) para a igualdade diante do objeto e outros signos evidentes do êxito social e da felicidade. É a democracia do `standing', a democracia da TV, do automóvel e da instalação estereofónica, da democracia aparentemente concreta, mas também inteiramente formal, correspondendo para lá das contradições e desigualdades sociais à democracia formal inscrita na constituição. Servindo uma à outra de mútuo alibi, ambas se conjugam numa ideologia democrática global, que mascara a democracia ausente e a igualdade impossível de achar".

Baudrillard, J. *A sociedade de consumo.* Rio de Janeiro, Elfos, 1995. p.48.

aristocracia do talento, e não de enfraquecer o próprio princípio de aristocracia". (Lasch, 1995: p. 91)

Perspectivas desta natureza teriam propiciado, então, a sedimentação de um ideário de democracia pautado não no exercício da cidadania, mas na mobilidade social, a qual seria alcançada pelo talento que deveria ser entendido como um fator de distribuição de poder e de privilégios. A "visão mesquinha de democracia" que toma forma na época atual guardaria uma estreita relação com o enaltecimento da idéia de oportunidade, cristalizada na cultura americana, fundada em méritos e talentos.

No que tange à possibilidade da democracia, existem dois caminhos que podem ser seguidos: aquele que se pauta no desenvolvimento geral das potencialidades e/ou das virtudes, portanto, atinge todos os membros da sociedade e aquele que se empenha na criação das condições para a renovação constante do "recrutamento mais amplo das elites." (Lasch, 1995: p. 96) Os Estados Unidos teriam escolhido, indiscutivelmente, o segundo caminho, pois "identificou oportunidade como mobilidade ascendente e fez da mobilidade ascendente a meta maior da política social. (...) Este conceito pateticamente limitado de oportunidade penetrou profundamente no debate público." (Lasch, 1995: p. 96)

Em termos gerais, o autor procura demonstrar que o modo de organização social fundado em valores pouco altruístas fincados em princípios de ascensão dos mais aptos e talentosos é "a antítese da democracia", pois o exercício da cidadania exige um compromisso público para que a melhoria das condições sociais atinja a todos indistintamente.

A construção de uma civilização democrática ainda não se realizou, de fato, afirma Lasch, pois esta implicaria a criação de mentalidades, personalidades, comportamentos e modos de ação social não-pautados em interesses pessoais e/ou fundados em mera tolerância. Esta última, tão em voga na atualidade, não pode ser tomada como sinônimo de democracia, uma vez que ela tem desembocado, sempre, em indiferença, a qual é um dos maiores empecilhos à democracia no mundo contemporâneo.

É preciso romper com a crença de que as instituições formalmente democráticas garantem, por si só, a democracia. As virtudes civis, por exemplo, são dispensáveis, segundo os liberais. Equivocadamente, eles pensam que são as "instituições liberais, e não o caráter dos cidadãos, que fazem a democracia funcionar." (Lasch, 1995: p. 103)

"O reconhecimento de direitos iguais é uma condição necessária, mas insuficiente para a cidadania democrática. (...) Por isso é um erro basear a defesa da democracia na ilusão sentimental de que todas as pessoas são iguais. De fato, as pessoas não são iguais no que se refere às suas aptidões (...)." Portanto, a "democracia exige também uma ética mais fortalecedora do que a tolerância. A tolerância é uma coisa boa, mas é apenas o ponto de partida da democracia, não o seu destino. Na nossa época a democracia está sendo ameaçada mais seriamente pela indiferença do que pela intolerância (...)." (Lasch, 1995: p. 107)

A indiferença, o cinismo e a apatia reinantes na sociedade atual tornam possível que ocorra um processo de simulação da idéia de democracia que tem fundamento na simulação da realidade. Ou seja, para Lasch, não somente as várias concepções de democracia são simuladas, mas também a própria realidade. Ou seja, as elites falantes habitam um mundo artificial que não é o mesmo mundo dos figurantes mudos, daí que "as simulações da realidade substituem o que é real". (Lasch, 1995: p. 97)

Todo discurso político, por exemplo, é construído a partir de uma imagem da

realidade que é fabricada por uma rede de relações, em que a mídia desempenha um papel fundamental. As pressuposições em torno da democracia estão geralmente fundadas neste simulacro, portanto, não podem expressar, de fato, conexão com as condições sociais vigentes na atualidade.

2. Anthony Giddens e a democracia dialógica

Giddens, em "Duas teorias de democratização", publicado em *Para além da esquerda e da direita,* argumenta que a atualidade é marcada por uma espécie de paixão generalizadora pela democracia. Esta última ganhou uma enorme popularidade inclusive entre os pensadores políticos que se mantiveram distante dela por um longo período de tempo. Uma parte dos socialistas revolucionários podem ser citados como exemplo, bem como alguns neoliberais que mesmo não acreditando nas instituições formais estariam, na atualidade empenhados na defesa da democracia.[2]

Giddens, antes de apresentar a sua compreensão das possibilidades da democracia no mundo atual, faz uma reflexão sobre a perspectiva que vê na atualidade uma tendência geral para a democratização. Ele estabelece um diálogo crítico com essas posições que remetem a democracia para patamares desumanizados e tenta resgatar a idéia de humanização e solidariedade como o fundamento de possível expansão do ideário de democracia.

Francis Fukuyama, representante máximo da ortodoxia liberal atual, defende, segundo Giddens, que a universalização da democracia na atualidade se deve, basicamente, ao fato de que esta foi a única saída que sobrou para a humanidade, tendo em vista que todas as demais tentativas – o fascismo, o comunismo e os governos militares – fracassaram. Para essa vertente, "a democracia liberal, associada ao capitalismo na esfera econômica é o que restou. (...) (E é) 'o ponto final da evolução ideológica da humanidade' e a 'forma final de governo humano'" (Giddens: 1996, p. 122)

A relação entre liberalismo, democracia e capitalismo é desprovida de qualquer tensão: este não pode ser concebido sem aquela afirma Fukuyama, para quem "combinada com o capitalismo, a democracia liberal cria grande abundância material; no entanto, o que motiva a democratização não é a riqueza mas 'o fim completamente não material do reconhecimento de nossa liberdade. A democracia liberal reconhece todos os seres humanos 'ao conceder e proteger seus direitos'. A democracia liberal e o capitalismo estão ligados um ao outro porque o desenvolvimento econômico amplia as condições de autonomia individual". (Giddens, 1996: p. 124)

Giddens esclarece que há em Fukuyama algo que ele endossa, ou seja, o modo deste último conceber a difusão da democracia não como "busca de interesses pessoais nos mercados competitivos", mas sim como o desenvolvimento de um "desejo de autonomia e respeito". No entanto, há uma dificuldade explícita nesta perspectiva endossada por Giddens tendo em vista que a ligação entre a democracia e o capitalismo feita por Fukuyama pressupõe a conciliação entre a busca de respeito mútuo e "acumulação sem fim".

A acumulação sem fim é inconciliável com respeito mútuo. Acumulação sem fim, consumo sem fim e indiferença sem fim dão o tom da sociedade capitalista atual. Por isso, é incompreensível o endosso de Giddens, mesmo que somente

(2) Giddens procura separar os liberais ortodoxos dos neoliberais. Para ele, são duas concepções diferentes em torno da política e da democracia.

a esta tese de Fukuyama, de que a universalização da associação entre capitalismo e democracia tem origem, também na atualidade, no desejo de respeito e de autonomia. (Fukuyama: 1992)

E por que é incompreensível? Basta dizer que o autor que preconiza o fim da história busca sempre formas de provar que há uma indiscutível consubstancialidade entre capitalismo e democracia, concebendo esta última como resultado do processo de desenvolvimento do primeiro. Fukuyama supõe, assim, uma equalização entre acumulação e respeito mútuo.

A ausência de críticas ao capitalismo e ao seu processo de acumulação leva à concepção de que somente este é capaz de produzir uma sociedade democrática no presente e no futuro. Sua tese de que a democracia vigente nas sociedades capitalistas de hoje tem como fundamento o compromisso com os pressupostos de respeito mútuo é, no entanto, inconcebível se forem levados em conta os argumentos, amplamente discutidos anteriormente, de Christopher Lasch.

Anthony Giddens propõe-se a expor uma proposta diferente da ortodoxia liberal em torno das possibilidades de democratização das sociedades atuais. Ele concorda que a democracia liberal estaria tornando-se generalizada, mas é necessário desvendar as tensões a que ela está sujeita. Ou seja, hoje o processo de globalização que envolve a rápida expansão da comunicação eletrônica instantânea potencializa, segundo Giddens, as chances da democracia liberal, mas também as colocam sob uma enorme pressão. (Giddens, 1996: p. 128)

"Os processos de democratização são hoje impulsionados pela expansão da reflexividade social e pela destradicionalização. Com o avanço da reflexividade, a 'fraqueza dos Estados fortes' pode ser entendida como tendo pouco a ver com os Estados fortes especificamente. Os processos de mudança local e global afetam todos os Estados, não necessariamente enfraquecendo-os de maneira unilateral, mas alterando o *status* do domínio político formal.

"Muitas mudanças mais importantes que afetam as vidas das pessoas atualmente não se originam na esfera política formal e podem apenas em parte ser enfrentadas por ela. Este é o tema crucial deste livro. Tais mudanças formam as revoluções sociais de nosso tempo. (...) Elas exigem, e de certa forma representam, os processos de democratização, mas essas influências e pressões democratizadoras atravessam a arena política e desestabilizam o sistema democrático liberal tanto quanto o consolidam" (Giddens, 1996: p.128).

Implicitamente, Giddens recupera alguns elementos presentes na teoria da democracia de Sartori e de Lipset, segundo os quais a democracia liberal cria nos indivíduos uma apatia positiva com relação às instituições políticas (Sartori, 1965; Lipset, 1967). Ou seja, ele afirma que há uma liberação dos grupos e pessoas da esfera política, o que seria provocado pelas instituições democráticas liberais. Mas isto não é, definitivamente, a saída para criação da estabilidade política, tendo em vista que, na atualidade, ocorreria um paradoxo, pois esta mesma população liberada da esfera política encontra-se muito bem informada sobre esta última e, neste caso ocorre um processo de tensão entre consolidação e desestabilização, ao mesmo tempo, dos sistemas democráticos liberais em vigor, especialmente no chamado primeiro mundo.[3]

(3) "A democracia liberal, admito, concordando com Weber e Bobbio, é basicamente um sistema de representação. É uma forma de governo caracterizada por eleições regulares, sufrágio universal, liberdade de consciência e pelo direito

Giddens argumenta que a generalização da democracia liberal é dado essencialmente importante na atualidade. Seria uma espécie de pré-condição para o desenvolvimento do que ele denomina de democracia dialógica que "não é uma extensão da democracia liberal ou até mesmo um complemento para ela; no entanto, à medida que avança, ela cria formas de intercâmbio social que podem contribuir substancialmente, talvez até mesmo decisivamente, para a reconstrução da solidariedade social. A democracia dialógica não significa primordialmente a proliferação de direitos ou a representação de interesses. Em vez disso, ela se ocupa da promoção de cosmopolitismo cultural e é uma peça fundamental daquela ligação entre autonomia e solidariedade (...)." (Giddens, 1996: p. 130)

Giddens não situa, deste modo, a democracia no âmbito do Estado, no entanto, os mecanismos que devem ser colocados em prática para realização desta democracia dialógica têm de contar com as esferas que já estariam democratizadas pelas instituições liberais. A globalização não é vista, então, como empecilho deste processo, mas pelo contrário, como uma forma de incentivo para realizar a democratização da própria democracia liberal, segundo ele.

A democracia liberal é, assim, o ponto de partida da democracia dialógica que somente é possível tendo em vista o alto grau de reflexividade social existente na sociedade atual. Observe-se que Giddens tem como referência a sociedade européia, mais especificamente a inglesa. Como reflexividade social, este autor compreende o processo de acesso, filtragem e conhecimento de inúmeras informações. "O crescimento da reflexividade social é um fator fundamental que introduz um deslocamento entre o conhecimento e o controle – uma fonte primária de incerteza artificial". (Giddens, 1996: p. 15)

Por que a reflexividade social conduziria à democracia dialógica? Num mundo de incerteza artificial, os indivíduos são impulsionados, segundo Giddens, a se informarem cada vez mais sobre os elementos que influenciam as suas vidas, as pessoas são obrigadas a se engajarem no mundo em que vivem e ao fazerem isto, elas transformam as informações produzidas por especialistas ao filtrá-las e reinterpretá-las dentro do contexto de suas vidas quotidianas. (Giddens, 1996: p. 15) Isto levaria à democracia dialógica na medida em que a única saída passa a ser o diálogo, o qual é "o meio não só de resolver as disputas, mas também de criar uma atmosfera de tolerância mútua". (Giddens, 1996: p. 137)

E de que modo o diálogo se abre no sentido da discussão pública? O alto grau de informação reelaborada possibilitaria aos diversos grupos sociais realizarem o que Giddens chama de política gerativa, a qual "existe no espaço que liga o Estado à mobilização reflexiva na sociedade em geral" na medida em que "é uma política que busca permitir aos indivíduos e grupos fazerem as coisas acontecer, e não esperar que as coisas lhes aconteçam, no contexto de preocupações e objetivos sociais totais. A política gerativa é uma defesa da política do domínio público, mas ela não se situa na velha oposição entre Estado e mercado". (Giddens, 1996: p. 23)

Anthony Giddens considera que o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais reflexiva conduziria a ordem social a um grau de liberdade até então desconhecido, à medida que as pessoas e grupos mapeiam as suas possibilidades fora do domínio político formal, ou seja,

universal de candidatar-se a um cargo ou de formar associações políticas." Giddens, 1996: p. 129.

mediante de um amplo processo de comunicação que moldará a própria esfera da política. Ele alerta, no entanto, que sua proposta não se assemelha em nada com a de Habermas para quem a democratização está "de alguma forma implicada pelo próprio ato de fala ou pelo diálogo. O potencial para a democracia dialógica está (...) na difusão da reflexividade social como uma condição tanto das atividades diárias como da persistência de formas mais amplas de organização coletiva". (Giddens, 1996: p. 133)

A democracia dialógica não é, de modo algum, afirma o cientista social britânico, sinônimo de busca de consenso, mas sim de conquista de uma ampla tolerância mútua que embasaria uma luta constante contra todos os modos de fundamentalismos que estão presentes na sociedade contemporânea. Observe-se que na primeira parte deste artigo ficou demonstrado que, para Christopher Lasch, não é de modo algum a intolerância que inviabiliza a democracia na sociedade atual, mas sim a indiferença, a qual Giddens não considera um elemento importante em sua análise da democratização.

A democracia dialógica, apresentada como a saída possível para as sociedades que desenvolveram a democracia liberal em todas as suas potencialidades, teria como fundamento a democratização da vida pessoal, uma espécie de democracia emocional que se efetivaria na medida em que os indivíduos como pais, filhos, esposas, esposos, etc. estabeleceriam uma relação pautada no sentimento de igualdade e de "autoridade reciprocamente negociada", formando-se, assim, a base para se efetivar uma democracia no âmbito da vida pública.

Dois outros espaços considerados básicos no processo de constituição da democracia dialógica seriam os movimentos sociais e os grupos de auto-ajuda, segundo Giddens. O crescimento destes dois ajudariam a plantar as bases de desenvolvimento do tipo de democracia por ele defendido. É interessante observar, no entanto, que em sua opinião os grupos de auto-ajuda são mais importantes do que os movimentos sociais na constituição de uma forma de vida pautada no diálogo e na tolerância.

Os movimentos sociais podem se constituir em um elemento significativo da democracia dialógica, mas podem também ser a sua antítese, pois as lideranças demagógicas que, às vezes, conduzem-nos, criam "uma identidade emocional de massas" que minam toda e qualquer possibilidade de democratização das relações sociais. No entanto, na maioria dos casos, tanto esses movimentos quanto os grupos de ajuda se mostram eficientes no processo de construção de espaços para um diálogo publicizado. Giddens cita os movimentos feministas que conseguiram trazer para o espaço público questões antes encerradas no espaço privado, como por exemplo, "as identidades sexuais feminina e masculina". (Giddens, 1996: p. 138)

Observe-se que a análise de Giddens não se situa no âmbito da possibilidade de constituição de atores sociais capazes de balizar a ação do outro na arena política, mas sim de localizar as áreas subpolíticas que seriam responsáveis pela democratização da vida pessoal e/ou emocional. As dificuldades da democracia no âmbito da política formal só serão superadas a partir da atuação dos indivíduos e grupos nestas áreas subpolíticas. Noutras palavras, estas últimas constituem, então, o ponto de partida da democracia dialógica.

As pressuposições de Giddens acerca da democracia dialógica encontram-se mais fragilizadas nas suas discussões sobre a arena organizacional. Neste caso, a reflexão em torno da globalização e da reflexividade social ganha proeminên-

cia, no entanto, sua tese básica é a de que há uma tendência mundial no sentido da descentralização do sistema de autoridade e direção dos grandes grupos econômicos. E isto seria o dado central que indicaria para a constituição de um processo de democratização da democracia liberal.

"Uma organização pós-burocrática pode tanto aproveitar a reflexividade social como reagir a situações de incerteza artificial de maneira muito mais eficiente do que um sistema de comando. As organizações estruturadas em termos de confiança ativa necessariamente delegam responsabilidade e dependem de um espaço dialógico ampliado" (Giddens, 1996: p. 141). As discussões postas nestes termos não possibilitam o entendimento de como este processo se daria, pois estas esferas organizacionais são, indubitavelmente, as mais difíceis de democratizar.

O último elemento destacado por Giddens como essencial na criação das condições para o desenvolvimento da democracia dialógica é a relação entre globalização e reflexividade social. A conexão entre elas ocorre porque inúmeros aspectos daquela primeira não se realizam através do Estado-nação, "mas em grande parte desviam-se deles". (Giddens, 1996: p. 141)

"É possível, e na verdade provável, que formas de democracia representativa paralelas às estabelecidas dentro dos Estados possam vir a existir globalmente. Dessa forma, o modelo de Held (HELD, 1991) de democracia cosmopolita envolve o estabelecimento de parlamentos regionais abrangendo continentes inteiros e respondendo à autoridade final das Nações Unidas. No entanto, sem um progresso da democracia dialógica, essas organizações tornar-se-iam sujeitas às mesmas limitações dos sistemas democráticos liberais baseados no Estado. Em um nível global, a democratização dialógica implicaria a democratização da democracia, mas também a difusão de outros mecanismos dialógicos." (Giddens, 1996: p. 141)

2.1 A solidariedade social como fundamento da democracia dialógica

Giddens não está supondo que a democracia dialógica seja uma realidade, mas sim uma possibilidade tendo em vista as condições sociais vigentes na atualidade. De modo bastante otimista ele procura os seus germes e suas potencialidades, principalmente, nas esferas subpolíticas e organizacionais visando pôr em relevo os indicadores de que a sociedade atual estaria construindo novas formas de solidariedade social que seriam os fundamentos da democracia dialógica.

O modo de organização da política formal não tem conseguido resolver as ameaças constantes de desintegração social. Alguns cientistas sociais têm defendido, segundo Giddens, modos de restauração da sociedade civil e da comunidade como um modo possível de restaurar as solidariedades. Os problemas sociais assumem, no entanto, na atualidade, dimensões novas que não podem, afirma ele, ser resolvidos por arranjos impossíveis. "A comunidade é inseparável da tradição; no entanto, (...) não podemos voltar à tradição para resolver os atuais problemas sociais. (...) Segue-se que também não podemos voltar à sociedade civil (...). Isso porque, da maneira como é usualmente entendida, a sociedade civil foi o produto de arranjos sociais que não mais existem". (Giddens, 1996: p. 144)

Toda sua proposição visa compreender os novos arranjos sociais, o que ele tem feito não somente em *Para além da esquerda e da direita,* mas também em trabalhos anteriores como *As conseqüências da modernidade* (Giddens, 1991) e

A transformação da intimidade. (Giddens, 1993). Um de seus objetivos primordiais é desvendar o modo de estruturação das relações sociais na sociedade moderna e, a partir delas, extrair os traços que indicam possibilidades de reinvenção da democracia.

Em sua perspectiva, as sociedades atuais, dada a reflexividade, por exemplo, possuem condições de estabelecer novas formas de interação social e de solidariedade. É visível, porém, que há mais facilidade em justificar essa sua posição nas áreas da vida pessoal do que na esfera pública, tendo em vista que é aquele primeiro um espaço mais propício para a geração de um tipo de solidariedade pautada em uma "comunicação emocional positiva". Portanto, as mudanças na política atual dependem, fundamentalmente, da democratização da vida pessoal, pois é ela a geradora, por excelência, da solidariedade que produzirá formas de interagir que levarão às reformas necessárias no campo das instituições públicas, argumenta Giddens.

"Nas outras áreas mencionadas – sistemas abstratos, o Estado e interconexões mais globais – os meios de desenvolver confiança ativa têm de ser diferentes. A visibilidade e a responsabilidade são os temas orientadores nesses contextos, mas organizados de maneiras um tanto contrastantes em cada área. (...) O cosmopolitismo, como um estado de espírito e como um fenômeno institucionalizado, é o elo entre a democratização da democracia dentro do Estado e formas mais globais de interação entre os Estados e outras organizações". (Giddens, 1996: p. 150)

3. Considerações finais

As reflexões de Lasch e Giddens sobre a democracia no limiar do século XXI expressam tentativas de precisar o modo de encaminhamento das sociedades capitalistas desenvolvidas no que tange às suas relações econômicas, políticas, sociais e culturais. O modo de apropriação da realidade é distinto entre eles mas é possível identificar alguns pontos convergentes entre ambos. Talvez o elemento mais marcante que aproxima os dois pensadores sejam as considerações de que a democracia não pode, de forma alguma, ter futuro se for pensada somente no âmbito da política formal.

As diversas esferas da vida social têm que ser levadas em conta para se refletir sobre as possibilidades e as impossibilidades da democracia na atualidade. Os dois cientistas insistem, contundentemente, em que toda estrutura social tem que ser levada em consideração para pensar a democracia e não apenas o espaço da política institucionalizada que, segundo Lasch, está se afastando, cada vez mais, dos problemas reais da sociedade atual.

Observe-se, em primeiro lugar, que Lasch é mais pessimista do que Giddens em relação ao futuro da democracia. Ao passo em que o primeiro pontua exaustivamente todos os aspectos que seriam, na atualidade, focos de implosão do ideário de democracia, o segundo procura, por sua vez, onde se escondem os germes da possibilidade de que a humanidade capitalista desenvolvida, principalmente, prossiga lutando pelo aperfeiçoamento da democracia liberal.

Lasch, através de sua análise, demonstra que os ideais e valores democráticos pautados na liberdade e na igualdade, nos moldes de Montesquieu e Rousseau, foram abandonados e traídos pelas elites atuais; Giddens, por sua vez, considera que este ideário foi preservado pela democracia liberal e é, exatamente, a partir dele que há a possibilidade de desenvolvimento da democracia dialógica.

O ponto de partida das discussões dos dois autores analisados é diferente, o que permite que os dois cheguem a conclu-

sões também distintas. Christopher Lasch, por exemplo, prioriza as elites para demonstrar como as suas ações apontam para um não-interesse absoluto para com o futuro da democracia e da própria humanidade. Voltadas essencialmente para o consumo supérfluo e para as suas realizações pessoais dentre as quais está o apego a um padrão de vida que as distingue dos demais grupos da sociedade, as elites passam a viver isoladamente ou seja, separadas da vida comum.

Estes elementos não ganham nas teorizações de Giddens qualquer relevância. Ele se apresenta muito mais voltado para a priorização da existência de uma reflexividade social que permite aos indivíduos e grupos a obtenção de um número cada vez maior de informações não somente sobre a política mas também sobre todas as questões que afetam diretamente a sua vida. Ao passo que para Lasch a população tem recebido uma grande carga de informação cuja utilidade ela desconhece, o alto fluxo de informação possibilitará, segundo Giddens, aos indivíduos e grupos, estabelecerem uma comunicabilidade maior e, portanto, um diálogo que avançará para dentro das fronteiras tanto das áreas políticas como das subpolíticas. E esta comunicação é um fator de reinvenção da democracia no século vindouro.

Anthony Giddens insiste em que esta comunicabilidade positiva altera a vida pessoal, democratizando-a na medida em que torna os indivíduos mais tolerantes e menos propensos a apoiar qualquer tipo de fundamentalismo. Lasch, no entanto, considera que a intolerância é muito menos ameaçadora à democracia do que a indiferença que reina total e absoluta nas sociedades atuais. Tolerância, argumenta ele, não é sinônimo de democracia. Constitui, no máximo, um ponto de partida que pode levar somente à democratização da auto-estima.

Um outro dado que distingue as duas perspectivas aqui analisadas refere-se ao modo de abordagem da relação entre democracia e desigualdade social. Para Lasch este é, indiscutivelmente, o dado essencial na determinação das dificuldades da democracia atual. Ou seja, a concentração da riqueza e da pobreza levaria à formação de uma sociedade biclassista, em que um grupo cada vez mais restrito (os ricos, por exemplo) se isolaria da vida comum criando as suas cidades fechadas, os seus sistemas de segurança e de saúde, etc. Os demais segmentos da sociedade passariam cada vez mais por um processo de empobrecimento com um nível de desemprego que atingiria inclusive os trabalhadores de colarinho branco. E ele não vê, nestes estratos, indícios de uma ação coletiva que conduza à democracia.

Anthony Giddens dedica-se menos à questão das desigualdades sociais para pensar a problemática da democracia dialógica. Para ele, esta última não tem poder de dissipar as desigualdades. "O diálogo não depende de igualdade material, mas ele pressupõe que os recursos diferenciais não sejam usados para evitar a expressão de idéias ou para tornar drasticamente oblíquas as condições de intercâmbio dialógico". (GIDDENS, 1996, p.151)

Finalizando estas considerações, seria importante destacar que os dois cientistas analisados neste artigo percebem as relações sociais de modo singular. Basta observar nas argumentações de Lasch que as pressuposições da política formal sobre a democracia são vazias, ou melhor, desconectadas da vida real. Giddens, no entanto, procura esmiuçar os feitos da democracia liberal para sugerir que ela teria formado as bases da democracia dialógica.

4. Referências Bibliográficas

ARENDT, H. *A condição humana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

BUDRILLARO, J. *A Sociedade de Consumo.* Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

FUKUYAMA, F. *The end of history and the last man.* London: Hamilton, 1992

GIDDENS, A. *Para além da esquerda e da direita.* São Paulo: Unesp, 1996.

GIDDENS, A. *As conseqüências da modernidade.* São Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, A. *A transformação da intimidade.* São Paulo: Unesp, 1993.

HELD, D. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. *Lua Nova,* São Paulo, Cedec, n.23, fev. 1991.

LASCH, C. *A rebelião das elites e a traição da democracia.* Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

LIPSET, S. M. *O homem político.* Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MANNHEIM, K. *Liberdade, poder e planificação democrática.* São Paulo: Mestre Jou, 1972

ORTEGA Y GASSET, J. *A rebelião das massas.* Rio de Janeiro: Ibero Americano, 1962.

SARTORI, G. *Teoria democrática.* Lisboa: Fundo de Cultura, 1965.

7. ANTIGÜIDADES DE DIREITO PENAL

CHESSMAN: CRÔNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. A vida imita a arte – 2. Um caso de repercussão mundial – 3. Processado, condenado e morto, jurando inocência – 4. A antesala do inferno – 5. Movimentos em favor da comutação da pena – 6. O dia da execução – 7. Hungria, o defensor de Chessmann – 8. Um texto de Clemente Hungria – 9. Um documento para a posteridade – 10. Chessman o escritor – 11. Epílogo: O direito de morrer a própria morte – 12. Viver sem medo da morte que está chegando

1. A vida imita a arte

Em sua *Crónica de una muerte anunciada,* Gabriel García Márquez, prêmio Nobel de Literatura (1982), descreve a saga bárbara do personagem principal com palavras e imagens dramáticas que bem poderiam servir de roteiro para a *provação bíblica* do homem que estava prometido para morrer na câmara de gás.

"No dia em que o matariam, Santiago Nasar levantou-se às 5:30 da manhã para esperar o navio em que chegava o bispo. Tinha sonhado que atravessava um bosque de grandes figueiras onde caía uma chuva branda, e por um instante foi feliz no sonho, mas ao acordar sentiu-se completamente salpicado de cagada de pássaros".

Também Chessman sonhara na véspera e alimentava a esperança de adiar mais uma vez a cerimônia da execução. Em lugar do bispo, que viria pelo mar, o apelidado *bandido da luz vermelha* aguardava pelo carrasco, que estava próximo.

Na semana anterior à sua morte, Santiago sonhara que "ia sozinho em um avião aluminizado que voava sem tropeçar entre as amendoeiras".

Também Chessman foi corajoso nos últimos momentos, quando dois guardas o amarraram na cadeira.

Pedro Vicário, assim como o fazia seu irmão gêmeo, Pablo, enterrou a faca várias vezes no corpo de Santiago. E confessou para o juiz instrutor a sua surpresa com a resistência da vítima: "Não tornou a gritar. Pelo contrário: achei que estava rindo". Santiago Nasar – que também enfrentou seus inimigos com as mãos limpas – apareceu na casa de Poncho Lanao, a esposa e cinco filhos "que não sabiam de nada do que acabava de ocorrer a 20 passos de sua porta. 'Ouvimos a gritaria', disse-me a mulher, 'mas pensamos que era a festa do bispo'. Começavam a tomar café quando viram Santiago Nasar entrar, empapado de sangue, levando nas mãos o cacho de suas entranhas". (...) "...Santiago Nasar caminhava com a altivez de sempre, medindo bem os passos, e seu rosto sarraceno com os cabelos crespos desalinhados estava mais belo que nunca. Ao passar diante da mesa sorriu-lhes e caminhou pelos quartos até a saída dos fundos. 'Ficamos paralisados de susto', disse-me Argênida Lanao. Minha tia Wenefrida Márquez estava escamando um sável no pátio de sua casa, do outro

lado do rio, e o viu descer as escadas do molhe antigo, procurando, com passo firme, o caminho de sua casa. 'Santiago, filho – gritou-lhe – que houve com você? ' Santiago Nasar reconheceu-a . 'Me mataram, querida Wene' – disse. Tropeçou no último degrau, mas se levantou imediatamente. 'Teve até o cuidado de sacudir com a mão a terra que ficou em suas tripas', disse-me tia Wene. Depois entrou em sua casa pela porta dos fundos, que estava aberta desde as seis horas, e desabou de bruços na cozinha"[1].

2. Um caso de repercussão mundial

Um dos casos criminais que alcançou repercussão mundial no final dos anos 50, foi o de Caryl Whittier Chessman (1921 – 1960), condenado por um júri de Los Angeles à pena de morte, sob a acusação de ter praticado crimes de estupro e roubo. O tribunal era composto "quase exclusivamente de mulheres, tiroidianamente emotivas e aprioristicamente inclinadas à vingança dos imputados assaltos contra moças indefesas", como observou Nelson Hungria[2]. E após trinta horas de deliberação, o réu foi declarado culpado. Começava, naquele 21 de maio de 1948, uma obsessiva *odisséia* para reverter a sentença de extermínio.

O responsável pelos crimes atribuídos a Chessman havia sido alcunhado pelos jornalistas americanos de *the red light bandit* porque molestava a intimidade de casais em automóveis parados nas colinas que rodeiam Hollywood, para roubar dos homens e violentar as mulheres. A lanterna, usada pelo delinqüente para surpreender suas vítimas, foi a *marca registrada* que tornou o convicto mundialmente conhecido[3]. Durante anos ele ocupou uma cela da penitenciária de San Quentin, cujo número (2455), lhe proporcionou o título de um de seus livros, escritos na prisão.

Sem negar o seu débito para com a sociedade, contraído na vida marginal que levou até aos 27 anos, Chessman não aceitou a imputação dos crimes do famoso *bandido da luz vermelha*, personagem misterioso (e não identificado) que desafiava a polícia com a prática de repetidos crimes sexuais. Negando, até morrer, a autoria dos delitos de roubo e violência sexual praticados pelo *red light bandit*, Chessman lutou fantasticamente para anular o veredito do júri. Entre os 10 apelos e as várias petições encaminhadas à Suprema Corte dos EUA; os 16 recursos a tribunais secundários e as 9 decisões proferidas pelo Superior Tribunal da Califórnia, Chessman teve adiada por 7 vezes a data marcada para a sua execução. Uma das transferências ocorreu em 11 de junho de 1959, despertando um movimento internacional em favor da clemência. A mais dramática delas sucedeu em 13 de maio de 1954, quando Chessman já havia sido retirado da cela e estava entrando na *câmara verde* quando o Governador Thomas F. Kealing resolveu suspender a macabra cerimônia.

Outro adiamento foi caracterizado por um misto de lances audaciosos e pitorescos. A advogada Rosalie Asher foi, de helicóptero, ao encontro de um juiz que pescava num escondido lago da Califór-

(1) Gabriel García Márquez, *Crônica de uma Morte Anunciada*, tradução de Remy Gorga, filho: Rio de Janeiro: Record, sem data de impressão, 4.ª ed., p. 9, 176/177.

(2) "Um condenado à morte", conferência publicada no presente artigo.

(3) A imprensa brasileira importou a alcunha para se referir a outro autor habitual de crimes contra o patrimônio e que foi recentemente libertado, após cumprir 30 anos de prisão.

nia, para colher a sua assinatura, indispensável para o procedimento de transferência da data. O juiz atendeu ao pedido, firmando o documento que fora colocado em um toco de árvore para receber o seu autógrafo.

3. Processado, condenado e morto, jurando inocência

"Desde a minha detenção, pedi que me submetessem a uma prova com um descobridor de mentiras[4], para apurar a minha culpabilidade ou a minha inocência. Peço também que procurem saber se sou ou não o 'Bandido da Luz Vermelha'. Se quando eu declarar firmemente que não sou esse bandido, nem cometi os crimes pelos quais me condenam a morte, se, repito, nesse momento o descobridor revelar que estou mentindo, abandonarei toda a minha luta pela sobrevivência. CHESMANN".

Essa declaração de inocência, transcrita no livro de Gisèle Chambord, *Chessman: 12 anos à espera da morte*"[5], foi a base fundamental da luta empreendida pelo condenado e seus advogados – Rosalie Asher e George T. Davis – em busca da revisão do processo e de um novo julgamento por uma corte de jurados imparciais.

Jamais o habitante da cela 2455 negou a prática de outros ilícitos que macularam a sua desditosa biografia. Ele já estivera recolhido em uma escola-reformatório e, quando adulto, fora condenado a uma pena de vinte e oito anos, comutada depois em onze anos de liberdade condicional, saindo do presídio de Folsom em 1947. Foi em 17 de maio de 1941, quando ainda não completara 20 anos de idade[6] que Caryl Whittier Chessman ingressava pela primeira vez na penitenciária de San Quentin. Ali encontrou alguns detidos que conhecera no reformatório. Mais tarde foi transferido para a prisão de Folsom e de onde saiu – por muito pouco tempo – a 8 de dezembro de 1947.

Meses mais tarde, a polícia de Los Angeles estava sofrendo um processo de descrédito popular porque não conseguira prender o temível *bandido da luz vermelha*, cuja descrição física era distribuída em sucessivos boletins: um homem de tipo caucasiano, talvez italiano, bastante moreno, entre vinte e três e vinte e cinco anos, constituição média, cabelos castanho-escuro cortados rente, olhos castanho-escuro, dentadura irregular, queixo proeminente, possível cicatriz na sobrancelha direita. Tais indicadores se assemelhavam, desgraçadamente, ao retrato que Chessman fizera de si mesmo em sua narrativa autobiográfica. Ainda do mesmo boletim expedido pela polícia, são extraídos alguns pormenores: "O *Bandido da Luz Vermelha* usa lanterna na mão. Uma luz vermelha tem sido observada dos lados direito e esquerdo do carro, tipo *coupé* leve, cinzento claro ou bege, de princípios de 1947 ou fins de 1946. Possivelmente instalou no painel de baixo um rádio, através do qual ouve os chamados da polícia. O carro não tem antena. O bandido anda armado, com uma arma automática preta, calibre 45, aparentemente arma antiga".[7]

Chessman foi preso em 23 de janeiro de 1948, quando dois oficiais de polícia,

(4) O detector de mentira (lie detector), embora utilizado em alguns sistemas de investigação é considerado um meio de prova proibido. Apontam-se inconvenientes semelhantes aos da narcoanálise e os resultados são precários. (Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*: Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 219)

(5) Rio de Janeiro, Casa Editora Vecchi Ltda., p. 51.

(6) Chessman nasceu em 27.5.1921, em Michigan (USA).

(7) Em Gisèle Chambord, *op. cit.*, p. 55.

May e Reardon[8], patrulhavam a Avenida Vermont e deram com um *Ford* que correspondia à descrição do automóvel utilizado pelo maníaco sexual em seus atentados. Ele estava sob o regime de livramento condicional e receava ser detido, especialmente porque o carro que dirigia era furtado e no seu interior havia muitos ternos que, segundo a polícia depois apurou, haviam sido subtraídos de uma loja de roupas. São palavras de Chessman: "Em resumo: senão por outras razões além das que acabo de expor, eu tinha roubado o carro que usava, ou pelo menos sabia que era um carro roubado e não o poderia negar, e, quer tivesse participado quer não, do furto de roupas, isso significaria para mim anos longos e tristes em Folsom.

"Por isso, tentei escapulir. Não tinha outra alternativa. Automaticamente, levei o meu carro, em louca disparada, por entre o tráfego. Embora tudo isso fosse feito numa fração de segundo, os meus perseguidores não se deixaram colher de surpresa. A luz vermelha do carro policial brilhou, enquanto a sirene começava a apitar. Os dois carros, o meu e o deles, voavam literalmente.

"De improviso, num momento em que eu arriscava derrapar e freei para não dar uma trombada num carro estacionado, o veículo da polícia dobrou a esquina e Reardon propositadamente veio de encontro ao meu carro. O meu companheiro abriu a portinhola e fugiu. Segui-lhe o exemplo. May, porém, gritou:

"– Alto!

"E fez fogo duas vezes.

"O impacto do projétil jogou-me ao chão. Senti uma dor aguda e uma ardência estranha. Consegui levantar-me, tentei correr ... tudo em vão. Esbarrei numa grade de ferro e fui obrigado a parar. Passaram-me as algemas.

"Os policiais garantiram-me que eu era o *Bandido da Luz Vermelha* e que poderiam prová-lo. Respondi:

"– É isso mesmo que vocês têm a fazer.

"A princípio, achei graça. Isso, porém, não durou muito tempo. A brincadeira ia ficando séria."

"Desse modo, pois, foi Chessman identificado pelos policiais como sendo o "Bandido da Luz Vermelha", levado a juízo, submetido ao veredicto dos jurados, sobre os quais pesou consideravelmente a afirmação categórica de Goossen e Forber; e, como tal, sentenciado à morte".[9]

Antes, porém, que se executasse a sentença fatal, as denúncias sobre as dúvidas e as incertezas do processo foram se adensando à medida em que a defesa apresentava novos apelos e petições. Entre as alegações pleiteando a anulação do julgamento se destacavam: *a)* as notas taquigráficas do interrogatório foram deturpadas pelo serventuário que substituiu o antecessor que havia falecido; *b)* a confissão na polícia foi obtida mediante tortura; *c)* o encarregado do inquérito não quis se utilizar do detector de mentiras.

Várias foram as investigações paralelas, realizadas a pedido da defesa e do próprio Chessman para localizar o verdadeiro assaltante e estuprador que atormentava os frequentadores do *lover's lane* (o atalho dos namorados) e estava jogando a opinião pública contra a polícia e o Governo. Um desses investigado-

(8) Sob os nomes supostos de May e Reardon, Chessman aludia às pessoas de Al Goossen e Colin Forbes, com os quais, dois meses antes de morrer, manteve uma entrevista dramática, assistida por seus advogados. (Em Gisèle Chambord, *op. cit.*, p. 55).

(9) Em Gisèle Chambord, ob. cit., p. 56/57. Goossen e Forbes seriam os policiais que prenderam Chessman como sendo o procurado *red light bandit* (ver nota anterior).

res foi Edward T. Kneifel, jornalista americano e um dos raros profissionais que acompanharam o *case* desde o seu início. Ele interrogou todas as testemunhas, examinou todas as peças do processo e promoveu diligências, com o auxílio de excelentes *experts* em criminalística. Segundo as deduções a que chegou, o carro com o qual Chessman assaltou uma loja não podia ser – como se pretendeu provar mais tarde – o mesmo que Mary Alice[10] havia descrito. Além do mais, o veículo de Chessman não trazia a luz vermelha, característica do temível facínora. Logicamente a polícia de Los Angeles devia saber que Caryl era inocente, mas valeu-se de acusações vagas e um defeituoso auto de reconhecimento para obter a confissão e outros indícios aleatórios que não sobreviveriam ao exercício da ampla defesa e do efetivo contraditório. Mas as autoridades precisavam de um *bode expiatório* e nada melhor, para tanto, que valer-se do juízo temerário, alimentado pela presunção e pelos maus antecedentes do suspeito. Essa foi sempre, na história dos processos criminais, uma fórmula que deu certo quando a polícia precisa encontrar, a todo curso, um culpado exigido pelo clamor público.

4. A antesala do inferno

A arquitetura e o ambiente da cela e do presídio onde viveu muitos anos, foram assim descritas pelo próprio Chessman:

"*Cela 2455.* Um cubículo de concreto altamente guardado, quase inacessível, de aproximadamente um metro e meio de largura, três metros e meio de comprimento e dois metros e meio de altura, localizado ao sul, na ultima galeria do bloco norte de celas, na prisão estatal de San Quentin, na Califórnia. Nada aqui acontece por acaso. Por isso entrar na cela ou dela sair não é brinquedo!

"O corredor de entrada, ainda no andar térreo, nos leva, com dupla escolta e sob o olhar agudo de guardas armados de rifles carregados, ao longo de uma passagem, através de um jardim perenemente iluminado; passa-se o posto de controle e o velho grupo espanhol de celas, curioso remanescente do século XIX, com suas paredes pintadas de branco; o moderno, animado edifício educacional; a cabana que temporariamente abriga a biblioteca; na extremidade oeste, o grupo de celas, na torre. Daí, através de arcadas guardadas, vai-se ter ao Grande Pátio, o epicentro da prisão, um vasto retângulo de cimento, cercado de enormes prédios de concreto e aço, dotados de torres de metralhadoras ligadas aos postos dos vigias armados.

"Uma vez no Grande Pátio, existe uma curva fechada para a esquerda, que nos leva para as cercanias do que parece não ser mais do que um agrupamento de finas laminas de cimento, colocadas em sentido vertical, por algum esteta endiabrado. Contudo estamos familiarizados com seus propósitos funcionais. Escondido dentro de cada lamina, existe um olho elétrico, que acusa, zelosamente, qualquer objeto metálico escondido pelo prisioneiro. (Uma vez que os alcagüetes e os olhos mecânicos não são encarados aqui com muito respeito, 'o olho' é uma maravilha da ciência moderna, cujas virtudes os habitantes desta cidade murada não aclamam com entusiasmo".[11]

(10) Uma das duas vítimas de crime sexual pelos quais Chessman foi declarado culpado

(11) *2455, cela da morte*, versão do original norte-americano *Cell 2455 Death Row*, traduzido por J.C. Ribeiro Pena: São Paulo, Distribuidora Paulista de Jornais, revista, Livros e Impressos Ltda., 1957, p. 21.

5. Movimentos em favor da comutação da pena

Em muitas cidades brasileiras a campanha em favor da salvação da vida de Chessman empolgou a população. No final dos anos 50 a televisão não havia conquistado a audiência globalizante dos dias correntes. O rádio era um poderoso instrumento de comunicação que tinha a possibilidade de transmitir aos mais variados e distantes sítios as emoções que cercaram os últimos lances do processo Chessman até o dia fatídico de sua morte.

Também os jornais e as revistas periódicas contribuíram, principalmente nos maiores centros urbanos, para ampliar a repercussão do célebre caso e estimular os debates sobre a legitimidade da pena capital.

Em São Paulo, um dos mais fervorosos lutadores contra a execução de Chessman, foi o poeta e escritor Rossine Camargo Guarnieri tendo pronunciado, no espaço de um mês, 17 conferências contra a sanção final. A Câmara Municipal paulista e a Assembléia Legislativa do Estado se pronunciaram contra a execução, assim também o fazendo todas as Faculdades de Filosofia. Guarnieri dirigiu uma carta-aberta ao Cardeal-Arcebispo, D. Carmelo Motta e três veementes apelos ao Presidente da República.

Ao ser procurado para interceder junto ao Governador do Estado da Califórnia, o bom Juscelino Kubitschek de Oliveira, escusou-se comovidamente, conforme a notícia publicada após a cerimônia macabra: "Peço a Deus que ilumine os julgadores de Chessman, mas como presidente do Brasil não posso interferir nesse julgamento".[12]

Mas foi, inegavelmente, Nelson Hungria o mais notável e o mais lúcido dos suplicantes da salvação da vida contra a proximidade da morte que iria envolver o infeliz condenado. Em São Paulo, na Faculdade do Largo de São Francisco, sugeriu à mocidade acadêmica que dirigisse um veemente apelo ao Governador da Califórnia, Edmund G. Brown, no sentido de comutar a pena de morte: "Deprequemos ao Governador Brown que não consinta se faça de Chessmann um cadáver que, enterrado ou cremado, apenas deixará de ser uma vaga. A ser logo preenchida, nas celas da morte de San Quentin, mas, ao contrário, lhe permita continuar a viver, já agora para o bem de seus semelhantes, em resgate do mal que praticou outrora. Seja ele beneficiário da mesma indulgência que a Itália e a França proporcionaram a Cellini, a Villon e a Jean Genet, cujos crimes (talvez mais graves que o de Chessman) se consideram contrabalançados pelas obras primas com que enriqueceram o patrimônio de arte e beleza da Humanidade".[13]

6. O dia da execução

"Executado Chessman". Esse era o título de quase todas as matérias de primeira página dos jornais brasileiros e do exterior, que circularam numa segunda-feira, 2 de maio de 1960. Eram 10 horas da manhã na Califórnia e 14 horas no Rio de Janeiro. No sábado, após 12 anos de angustiante espera na famosa 2455, a *cela da morte*, Caryl Chessman foi transferido para a cela onde os condenados à morte passam as últimas quarenta e oito horas de vida, bem defronte à nefanda *sala verde*. Ele caminhou naturalmente para o local do sacrifício. Os guardas não gastaram mais que um

(12) *Última Hora*, terça-feira, 03.05.1960.

(13) Trechos finais da antológica conferência pronunciada em São Paulo, a convite do *Centro Acadêmico XI de Agosto* (maio de 1959) e transcrita no item n.° 7.2.

minuto para amarrá-lo à cadeira. Sua última palavra foi um *"good bye"* pronunciado com sorriso débil para eles. Depois que estes se retiraram, Chessman voltou a cabeça para a direita, para fitar nos olhos alguns dos jornalistas que o conheciam e que assistiam a execução através das janelas de vidros grossos. Um olhar de carinho foi dirigido à sua incansável advogada Rosalie Asher. O carrasco, atendendo a um sinal do diretor do presídio, Fred Dickson, movimentou a alavanca que soltou as cápsulas de cianureto que começaram a cair no recipiente de ácido sulfúrico e a câmara se encheu rapidamente de gás. Chessman começa a morrer. Os minutos seguintes marcaram o fim de um dos capítulos mais dramáticos da história judicial dos tempos modernos. A *Antiguidade* aqui considerada não se refere aos tempos do julgamento (1948) e da execução (1960), mas ao sentido bárbaro e primitivo da pena de morte. A jornalista americana Mary Crawford, declarou: "Jamais assistirei a outra execução. É uma barbaridade"[14]. Logo após consumada a execução, milhares de pessoas fizeram protestos em frente ao presídio, com faixas de protesto e chorando a morte do escritor-mártir. Entre elas estava o ator Marlon Brando. Momentos antes, a Suprema Corte do Estado da Califórnia havia rejeitado a última apelação.

Uma das primeiras figuras públicas a conceder uma entrevista no Brasil foi o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Orozimbo Nonato, que se revelou um dos baluartes daquele movimento humanitário: "Sou contrário à pena de morte de um modo geral" – disse o inesquecível magistrado – "e só poderia receber com tristeza a notícia da execução de Chessman. A pena de morte contraria, não apenas o sentimento brasileiro, mas se choca, também, com o sentimento universal"[15].

O criminalista Evandro Lins e Silva, falando ao jornal *Ultima Hora*, chamou a execução de "assassínio legal". E aduziu que a condenação de Chessman "traduz a insensibilidade dos executores da ciência penal moderna na América do Norte. A humanidade inteira compreendeu ser desnecessária esta execução, não só por motivos de ordem jurídico-científica, como também por inúmeras razões de ordem humana, as quais não toleram em nossos dias o assassínio legal através da pena de morte. Essa forma de resolver os problemas penais é uma excrescência em algumas legislações contemporâneas. Felizmente o Brasil nesse terreno é realmente avançado e os nossos sentimentos não tolerariam a ocorrência de uma execução como a de Chessman"[16].

Aquele diário carioca narrou alguns impressionantes detalhes da execução:

(14) Ferri também foi testemunha da aplicação da pena capital. Na manhã de 17.8.1889, na prisão *Grande Roquette*, ele assistiu a decapitação de Allorto e Sollier, ferozes assassinos de Anteuil. Após ver e ouvir por duas vezes o golpe do cutelo e as cabeças dos condenados cairem, o imortal penalista se despede daquela cena. E conta: "Atravessei a fila dos agentes de polícia e furtei-me, aturdido e enervado, a esse bárbaro espectaculo, de que sempre me recordarei como sendo o maior sacrifício feito aos meus estudos sobre o crime, essa forma tão dolorosa da miséria humana" ("O último dia d' um condemnado", por Victor Hugo e a dupla execução capital a que eu assisti em Paris", publicado em *Os criminosos na arte e na literatura*, Roma, 1902, p. 129 e s. e 157.

(15) *Última Hora*, terça-feira, 03.05.1960.

(16) Edição que circulou em 3.5.1960. Trinta e um anos mais tarde, o vigor jurídico e a cultura humanista de Evandro Lins e Silva, iriam compor mais um dos notáveis textos sobre o mesmo e aliciante assunto: "Pena de morte", conferência pronunciada em Curitiba (20.08.1991), no ciclo em homenagem a Sobral Pinto (*A morte não*

"Às 14,03 horas (10,03 locais), as pastilhas de cianureto foram colocadas na bacia que se encontrava ao lado da cadeira de execução. Pouco a pouco os mortíferos gases começaram a inundar a reduzida peça. Um minuto depois, Chessman que havia respirado profundamente, deitou bruscamente a cabeça para trás e dobrou-se sobre si mesmo. Às 14,05 (10,05 locais), o condenado gritou e voltou a lançar da cabeça para trás. Às 14,06 (10,06 locais), as mãos de Chessman começaram a tremer e o seu lívido rosto cobriu-se de suor. Mais uma vez Caryl Chessman proferiu um grito apagado, quase um rugido. Às 14,07 (10,07 locais), a sua cabeça inclinou-se bruscamente para frente. Um minuto depois Chessman ficou imóvel, com a cabeça sobre o peito. Às 14,12 (10,12) o médico de San Quentin declarou que o condenado tinha morrido".[17]

Segundo o registro de testemunhas, a última declaração do martirizado foi a que sempre sustentou: não era o *bandido da luz vermelha.*

Os jornais do dia.04.05.1960 noticiaram que o cadáver de Caryl Chessman foi incinerado no cemitério de Mount Tamalpaisa.

7. Hungria, o defensor de Chessmann

Parafrasendo um dos títulos clássicos da literatura dos casos criminais célebres, pode-se afirmar sem receio que Nelson Hungria foi, no Brasil, para Chessman, o que Voltaire significou, na França iluminista, para Calas.

François-Marie Arouet (1694-1778), dito Voltaire, empreendeu uma histórica luta para a revisão do processo de Juan Calas, morto em 10.03.1762, por *suplício na roda.* A execução ocorreu em Toulouse, onde o condenado exercia honestamente a profissão de comerciante. Muito embora só pudesse abraçar a causa da revisão quando a vítima do erro judiciário já havia sido assassinada pelo Estado, a índole humanista e libertária de Voltaire tornou aquele caso imortal. O seu empenho, escrevendo para várias pessoas e ouvindo muitas outras, com o objetivo de recolher dados sobre o processo e a execução, multiplicaram o prestígio de Voltaire que tinha já o seu lugar destacado entre as figuras da resistência contra a opressão religiosa e os obscurantismos ditados por muitas instituições de seu tempo. A saga de Juan Calas, interpretada pelo imortal autor de *Candide* e registrada em obras clássicas[18], teve, dois séculos mais tarde, uma espécie de *revival* com o sofrimento imposto a Caryl Chessman e o itinerário desenvolvido por Nelson Hungria. Os condenados tiveram patronos que, nas mais diversas oportunidades iriam assumir, juntos, um relevante patamar na escalada dos séculos contra a pena de morte.

7.1 A histórica campanha

Nos mais diversos auditórios, de estudantes a trabalhadores de Direito; de investigadores sociais aos políticos militantes; dos religiosos aos agnósticos, não houve categoria profissional ou grupo dedicado aos problemas da conduta que não tivesse recebido a palavra e o apelo de Nelson Hungria em favor da revisão do processo de Chessman e da comutação de sua pena. Rejeitando a imparcialidade exigida pelo estilo ordodoxo da magistratura, o jurista notável e polemista exímio, visitou os mais diversos centros de pensamento e reflexão. Eu estava

vale a pena, Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania do Paraná).

(17) *Última Hora*, 03.05.1960.

(18) Entre elas, merece destaque a de Julio Dassen, *Voltaire defensor de Juan Calas*: Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

presente na Faculdade de Direito de Curitiba, em uma noite do ano de 1959, quando Nelson Hungria, ao lado da intimorata advogada Rosalie Asher, falou para autoridades, professores e estudantes de Direito. Foi impressionante a demonstração de conhecimento do processo, com todos os seus vícios e as imensas dúvidas sobre a autoria. Houve uma comovente denúncia contra a *pena final*, especialmente quando o homem a ser morto pelo Estado está completamente regenerado.

Segundo o depoimento prestado pelo seu filho, Clemente Hungria,[19] aquela campanha da clemência, levada a várias cidades brasileiras, teve em Curitiba o seu ponto de partida.

Mas a *odisséia* em favor da clemência não se confinou nas fronteiras nacionais. Países da América do Sul também acompanharam as súplicas dirigidas ao Governador da Califórnia, invocando o seu passado de Procurador-Geral daquele Estado quando se dizia inimigo da pena capital. A luta missionária de Nelson Hungria foi destacada pela famosa revista *Time*, dedicando uma reportagem de capa a Caryl Chessman. Nas três longas páginas da edição para a América Latina, são revelados detalhes do processo, intercalados com trechos da biografia do suposto *the red light bandit* e dos esforços para comutar a sua pena. Em determinada passagem, diz a *Time*: "Brazilian Supreme Court Justice Nelson Hungria, principal author of the Brazilian penal code (no capital punishment), declare that 'Caryl Chessman is the most eloquent assurance of the need to wipe out once and for all the death penalty, that ugly stain on civilization'." [20]

(19) Vide o artigo de sua autoria, "A tragédia de Caryl Chessman e Nelson Hungria", no item 8.

(20) *Time – The weekly news magazin*, March, 21, 1960, p. 15.

Talvez o mais destacado momento de lucidez mental e vigor espiritual de Hungria – em todo aquele movimento abolicionista – ocorreu quanto ele ainda encontrou palavras para deplorar a iminente consumação do *assassinato oficial*. Faltando poucas horas para a execução, o Ministro disse para a *Folha de São Paulo:* "É uma barbaridade o que vão fazer. Isso nunca foi punição, é matar pelo prazer de matar. E eles são surdos aos apelos de todo o mundo, mesmo do papa... As conseqüências principais dessa execução serão um aumento da criminalidade nos Estados Unidos (os delinqüentes juvenis que já têm o condenado-escritor como ídolo perderão toda esperança na regeneração) e uma vaga de descontentamento contra esse país em todos os continentes".

Continuando, o Ministro Nelson Hungria rememorou argumentos utilizados em conferências que pronunciou em vários Estados a respeito de Chessman, concluindo pelo que ele considerou uma aberração da legislação penal californiana:

"Os crimes pelos quais Chessman foi condenado não são mais punidos com a pena capital naquele Estado. Entretanto, contrariando princípio usado em todos os países liberais (a lei menos rigorosa tem efeito retroativo, beneficiando o condenado pela legislação anterior) o dispositivo legal em vigor na Califórnia menciona em um de seus parágrafos que ele não poderá retroagir os seus efeitos a casos já passados em julgado".[21]

7.2 Um libelo antológico

Entre os mais expressivos textos jurídicos e literários de Nelson Hungria, abordando o tema da *pena capital*, nenhum deles se compara ao redigido em função do processo e da execução da

(21) Edição de 03.05.1960.

sentença contra Caryl Chessman. Trata-se da conferência pronunciada no Centro Acadêmico XI de Agosto, em maio de 1959. Nenhuma palavra a mais se deve acrescentar a esse *libelo antológico*, seja a título de introdução ou de comentário, pois qualquer uma dessas atitudes eqüivaleria a dar uma *pincelada* em um afresco de Michelangelo sob o pretexto de ampliar as suas cores e a sua luminosidade. Assim falou o *príncipe dos criminalistas brasileiros* aos estudantes de Direito em São Paulo:

"*Um condenado à morte.*

"*No corredor da morte* da Penitenciária californiana de San Quentin, cela 2455, há presentemente um homem que condenado à morte, desde 22 de junho de 1948, vem' lutando, obstinada e heroicamente, por sua sobrevivência, mediante a interposição de apelos sobre apelos, de *writs* sobre *writs*, numa tarefa sem remitências, como a de Sisifo, nos Infernos, a carregar até o alto o bloco de rocha que sempre retorna à base da penedia. Chama-se ele Caryl Chessman, e conta, atualmente, 38 anos de idade.

"Apontado como o *bandido da luz vermelha*, sob imputação de rapto e brutalização de duas raparigas (não se sabe bem se para fim de furto ou de libidinagem), condenou-o o tribunal de Los Angeles a respirar um gás mortífero, que é o meio de se matar legalmente na Califórnia.

"Trata-se de um singularíssimo exemplar humano. No ambiente de pesadelo, em que a angústia, o medo, pânico, a depressão moral e o desespero ultrapassam a capacidade de sofrimento do homem comum, (levando, por vezes, à loucura ou ao suicídio), está ele vivendo há 11 anos, sem tibiezas ou soluções de continuidade no seu inexaurível amor à vida e, o que é assombroso, tendo conseguido transformar o seu aparentemente irremediável fracasso como *homo socialis* numa estupenda vitória sobre si mesmo e em face do mundo que o repelira como a um repugnante crótalo. Dotado de brilhante inteligência, chegando mesmo a despedir cintilações geniais, Chessman, naquela *maleborge* dantesca, sob o tremendo impacto de seu confinamento na estreita e sombria cela que precede à câmara de gases tóxicos em San Quentin, pôde ele achar-se, enfim, a si mesmo; e do mais profundo do seu ser, desvencilhando-se da empolgadura e cativeiro de sua própria natureza psicopática, que o arrastara, gradativamente, à mais impudente e grosseira animalidade, surgiu um outro homem, até então desconhecido para ele mesmo. Aquele cubículo, semelhante a uma cava de jazigo, foi a sua estrada de Damasco. Encontrou ali, no afincado e perseverante estudo e na exposição escrita de sua *vita anteacta* e de idéias e raciocínios em torno de sua condenação à morte, o caminho espiritual e moral por onde pode, como ele próprio diz, "empreender o seu regresso das trevas", para atingir a clareira da redenção. Obteve que lhe fossem proporcionados, às pilhas, livros da biblioteca da Penitenciária e da biblioteca pública de Sacramento. Livros de jurisprudência ou de doutrina jurídica, livros de sociologia, de criminologia, de filosofia, de história, de cultura geral. Só de obras de direito, leu-as em número superior a 2.000. Lia até que os olhos se congestionassem e seu cérebro exausto se negasse a continuar funcionando. Prolongando por 18 horas a fio o seu trabalho de cada dia, pode escrever e dar à publicidade, até agora, três impressionantes livros, que o tornaram mundialmente conhecido. Neles, em aliciante estilo e aliviadora confissão, rememora sua dramática existência de crimes, sua precocidade e diabólica pertinácia na senda do mal, o desafio que lançara ao princípio da autoridade, o seu desprezo pelos valores sociais, e, ao mesmo tempo, procura equacionar, sob novos ângulos, tendo a si próprio como ponto de referência, o

desconcertante problema da criminalidade, em cuja solução se revelam ineficientes todos os métodos até agora e cogitados e utilizados. As suas leituras cotidianas, a longa meditação sobre o que lia e a porfiada elaboração de seus livros foram para ele uma psicoterapia milagrosa. Deixemos que ele próprio nos informe: 'Os longos anos vividos neste cadinho chamado *corredor da morte* transpuseram-me para além da amargura, para além do ódio, para além da selvagem violência... A terapia do trabalho de fixação escrita das idéias restituiu-me à sanidade psíquica. Escrever foi para mim o mundo. Foi mais que uma catarse. Abriu-me a possibilidade de captar e canalizar meus impulsos e minha agressividade e de colocá-los a meu serviço, ao invés de me escravizarem: Significava que vivo ou morto, eu podia aproveitar algo do meu passado e imprimir um caráter positivo à minha vida'.

"E foi assim que Chessman pode demonstrar que o criminoso mais fundadamente considerado *incorrigível* pode ser recuperado ainda quando tenha a lastreá-lo, como a ele, Chessman, uma personalidade de fundo psicopático, em que a vontade inibidora sossobra ao ímpeto dos instintos desbridados. Certa vez, um agente de policia, entre indignado e pesaroso, disse-lhe: 'Nada pode te curar além de uma dose de gás hidrocianídrico'; mas Chessman conseguiu vencer a si mesmo e sublinhar as energias e impulsos que outrora o tangiam para o crime. Aquele Chessman de 27 anos que o júri de Los Angeles condenou à morte é tão diferente do Chessman atual como um carvão difere de um diamante. O que era agressividade feroz, o que era hostilidade afrontosa aos mais elementares princípios da boa convivência civil tornou-se um precioso valor humano, um espírito compreensivo e pacífico, uma vida útil, uma consciência integrada na solidariedade social.

"Wenzell Brown, organizador e presidente de Comitê de Escritores constituído para salvar a vida de Chessman, escreveu estas palavras irrefutáveis: 'A execução de Caryl Chessman representa o injustificável desaproveitamento de um comprovado valor individual e de uma pessoa capaz de descrever com tanta objetividade os tremendos impulsos, o idealismo distorcido, as vivências traumatizantes que desequilibraram sua personalidade. A energia que se fizera torpeza, violência e ódio em sua vida passada poderá ser orientada para fins construtivos, se a sociedade deixar de lado seu tradicional conceito de vingança legal e procurar estabelecer um programa que assegure a prevenção do crime e a reabilitação do criminoso... Logicamente a punição não constitui solução para problemas tais como os apresentados por personalidades desequilibradas, como a de Caryl Chessman... Qual a solução, então? No momento, a sociedade não dispõe de resposta, mas talvez, com o tempo, seja ela encontrada... E os livros de Chessman, podem ser a matéria prima da qual novas descobertas poderão advir'.

"Acontece, porém, que a justiça norte-americana é inexorável, ainda quando se apresente um excesso de castigo, e sucessivos governadores do Estado da Califórnia se têm recusado ao indulto de Chessman, considerando necessária a morte deste na câmara de gases venenosos. Nada mais desumano, entretanto, nem mais desprovido de sentido e finalidade. Será que Chessman, depois de padecer o acabrunhante castigo de onze anos de angustiosa expectativa nessa *cittá dolente,* nesse exasperante purgatório que é o *corredor da morte* de San Quentin, não terá conquistada um autêntico direito de comutação da pena, para continuar a viver? Será que o prosseguimento da vida de Chessman não será a continuidade de um exemplo edificante para os conscritos do crime? Será que a

execução de Chessman não redundará num descoroçoamento aos jovens delinqüentes, que vêem nele um padrão digno de imitação, mas que, com a sua morte na câmara de gás, perderão todo o estímulo para o esforço de sua própria recuperação ?

"O emérito *Chief Justice* Earl Warren, antigo Governador da Califórnia e hoje presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, e o ilustrado juiz Charles W. Fricke, que presidiu o júri de condenação de Chessman, declararam que se a um indivíduo merecidamente condenado à morte se tivesse de conceder perdão, só pelo fato de saber escrever livros, seria melhor que, de uma vez, se atirasse o Código Penal na lata do lixo.

"Ora, não é assim, tão superficial e displicentemente, que se há de encarar o caso de Chessman. Não é o simples fato de saber enfeixar idéias num livro que justifica, na espécie, a outorga de comutação da pena de morte: o que assume incomum relevo é que os livros de Chessman atestam uma radical modificação no caráter do seu autor, um proveitoso esforço para o bem social, uma notável contribuição para a decifração do enigma do crime e tratamento do criminoso, um sincero propósito de resgatar um passado de crimes pelo sentido de utilidade de unia vida nova. A regeneração de Caryl Chessman é a mais eloqüente demonstração de que, entre todas as medidas até hoje aventadas para contenção do crime, a mais estúpida e irracional é a pena de morte. O que se passou com Chessman é a confirmação do que dizia Rohland: 'Não há homens absolutamente bons, do mesmo modo que não há caracteres absolutamente maus, ou delinqüentes congênitos; por isso mesmo é possível ao contrário do que pretendia Schopenhauer, uma modificação do caráter, ensinando a experiência que, mediante sério esforço, muitos o conseguem'. Por quê, ao invés de tentar reconstruir, sumariamente se há de destruir? Com a pena capital, o governo da sociedade imita a criança inconseqüente e insofrida: não podendo compreender o brinquedo que tem em mãos, desconjunta-o e inutiliza-o. Quando se tem o conhecimento de casos como o de Chessman, que, em virtude de certos indícios e uma confissão que ele insiste em declarar extorquida pela violência, foi condenado à pena última pela justiça emocional do júri, sempre disposta a atirar, do alto da varanda de Pilatos, bodes expiatórios à multidão sedenta de vingança, é que se vê como estão distanciados da verdadeira solução do problema da grande criminalidade esses que, entre nós, presentemente, insistem em querer introduzir o assassínio oficial entre as sanções do nosso Código Penal comum.

"Um licurgo indígena, ávido de notoriedade, está tentando na Câmara dos Deputados, um *pactum sceleris* em tal sentido, enquanto um padre que debate na televisão e um juiz com mentalidade medieval vêm a público, empunhando o hissope tomado de empréstimo a alguma igreja interditada, para esparzirem água benta no projeto. Somente *ravenants* dos jesuítas de Loiola ou dos energúmenos do Santo Ofício podem pretender que a pena de morte seja medida cristã. Em que versículo dos Evangelhos se encontra, acaso, apoio para esse resquício de barbaria, que é a pena de morte? O que é de Cristo é o *Sermão da Montanha*, impregnado de filosofia, da tolerância e do perdão. A repulsa contra a pena de morte vem da essência mesma dos ensinamentos de Cristo. Não é dos Evangelhos, mas da lei mosaica – documento de uma religião semi-bárbara – a fúria assassina contra os pecadores e criminosos. Nos séculos anteriores a Santo Tomás de Aquino, jamais a Igreja postulara a pena de morte. Sabe-se que o Imperador Justiniano teve de proibir aos cristãos o exercício de certos cargos públi-

cos, porque sua religião impedia o emprego da espada contra os criminosos passíveis da pena capital.

"Santo Agostinho, como um criminólogo moderno, reclamava a punição dos delinqüentes, mas tão somente para regenerá-los pelo trabalho útil. São Jerônimo proclamava que *Ecclesia non sitit sanguinem.* Lactâncio doutrinava que '*occidere hominem est semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit*'. Não foi senão para conciliar a Igreja com a estatolatria da Idade Média e mais tarde, para propagar a fé católica pelo terror, que a pena de morte foi contrabandeada para a religião de Cristo. Vindo a preconizar a punição do crime pela morte, a Igreja repudiou a advertência de Jesus: *Discite a me, quia mitis sum* (Aprendei comigo, que sou manso). Dizem os adeptos católicos do homicídio legal que os piores sicários, na iminência da execução, subjugados pelo medo da hora extrema, voltam-se para dentro de si mesmos, arrependem-se de suas infâmias e impiedades e preparam-se para sua própria redenção, para entrarem no reino do céu. O corpo é destruído, mas salva-se a alma.

"Semelhante dialética, porém, não passa de uma série de inverdades e afronta contra Deus. Como pode agradar a Deus uma conversão na hora Z, sob a influência desintegradora do medo? Sustentar isso é retornar à superada doutrina dos fanáticos da Companhia de Jesus, a cujo respeito dizia Guerra Junqueiro que Jesus nunca andara em tão má companhia... A pena de morte não é mandamento divino, mas, como o homicídio, uma inspiração da lei do mato virgem. É uma supina vaidade do homem atribuir-se a função de instrumento de Deus, para a inflicção de um castigo definitivo e irreparável, como se fosse admissível uma justiça absoluta entre os erros e contingências do mundo terreno. A pena de morte, como belamente diz Albert Camus, rompe com a única solidariedade humana indiscutível, a solidariedade contra a morte, e não pode ser legítima senão por uma verdade ou um princípio que se coloca muito acima dos homens.

"Profligando a pena capital, justamente acentuava Vitor Hugo que ela ofende o irrestrito princípio de que há três coisas que são de Deus e não pertencem aos homens: o irrevogável, o irreparável e o indissolúvel.

"Ainda o poeta da *Legenda dos Séculos*, como recorda Camus, chamava a guilhotina de *Lesurques*, que era o nome do condenado à morte no famoso caso do Correio de Lyon. E ponderava: 'Não é que todos os condenados à pena última sejam *Lesurques*, mas basta, para desmoralizá-la, a possibilidade de outros *Lesurques*'.

"Advogar-se a pena de morte num país, como o Brasil, onde, segundo é notório, a polícia é useira e vezeira em extorquir confissões pela coação, resultando, de quando em quando, clamorosos erros judiciários, como o da condenação dos irmãos Naves em Araguarí, e em que a imprensa, ressumando apaixonado ódio, se julga com o direito líquido de tutelar e constranger a justiça criminal para que, mesmo sem provas concludentes, sejam condenados os réus que lhe caem no desagrado, é tudo quanto há de mais despropositado e irrefletido.

"Não é, de modo algum, exato, que a pena de morte tenha efeito decisivamente intimidativo. Supor isso é um puro engano daqueles que não conhecem o problema senão pela superfície ou *a ratione.* A pena capital não intimida mais que qualquer outra. E a razão é simples: o indivíduo que comete crime, ou age conturbado pela paixão ou emoção, que o torna impermeável a qualquer temor, ou age calculada e sub-repticiamente, confiante em que estará incluído entre os 30% de criminosos que ficam impunes por ausência ou incerteza de provas. Se a pena de morte realmente

dissuadisse do crime, ela deveria ser cominada não apenas aos crimes mais graves, mas, logicamente, a todos os crimes, como na Grécia antiga, ao tempo de Draco.

"As estatísticas obtidas pelos mais reputados criminólogos contemporâneos evidenciam que não há necessário nexo de causalidade entre a pena de morte e o coeficiente de criminalidade. Via de regra, a sua cominação ou aplicação legal não faz declinar, como a sua abolição não ocasiona o aumento dos crimes capitais. Já se verificou, entretanto, paradoxalmente, que ela exerce um estranho fascínio sobre certos criminosos, despertando-lhes instintos sádicos. Daí, a clandestinidade de que se cerca, na atualidade, a sua execução. E chega a ser irrisório que uma pena, que se diz exemplar, tenha de ser executada, como o próprio crime, dissimuladamente. Nos 36 países do mundo civilizado em que foi abolida ou suspensa ou caiu em desuso a pena de morte – Suécia, Noruega, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Alemanha Ocidental, Itália, Inglaterra, Suíça, Portugal, Finlândia, Islândia, Israel, Nova Zelândia, Queenslândia e as repúblicas da América Latina, à exceção de Guatemala (em que a pena de morte foi instituída por um governo revolucionário), Chile (Código de 1874), Peru (pena capital introduzida por uma Junta Militar de ominosa memória), Haiti (Código de 1835), Bolívia (Código de 1832) e México (apenas no plano estadual), o algarismo da grande delinqüência é proporcionalmente menor que nos países que, por supersticioso conservantismo ou ferrenho anti-liberalismo, ainda conservam ou instituíram o assassínio legal. Em 1930, o governo belga, por um de seus ministros, assim conclui um relatório sobre a proposta adoção da pena de morte: 'A experiência nos ensina que o melhor meio de ensinar a respeitar a vida humana consiste em recusar suprimir a vida em nome da lei'.

"Dizia um sociólogo francês (Gabriel Tarde, se não me engano), na defesa da pena de morte, que 'é melhor fazer morrer sem fazer sofrer que fazer sofrer sem fazer morrer'. Mas a pena de morte não é só o epílogo da magarefada no cadafalso, ou da carbonização na cadeira elétrica ou do envenenamento na câmara de gás. É preciso ler o que nos conta Caryl Chessman, através dos livros que nos mandou do *corredor da morte*, para ter-se uma noção do que seja o longo e tenebroso suplício do condenado à pena última, antes de chegar, afinal, o dia da execução. O castigo capital não é o simples ato de fazer morrer, na taliônica e brutal cobrança de vida por vida. Há para ele uma disciplina ritual, cujos momentos sucessivos, a começar pelo do aviso do dia da execução, significam aflições e agonias mais terríveis e rascantes que a do próprio momento final. A pena de morte, com o tormento da demorada expectativa da execução, é mais odiosa que o mais frio e supliciante dos crimes, pois jamais houve um celerado que cuidasse de comunicar à vítima, com longa antecedência, o seu propósito sinistro. Como já foi observado por um escritor contemporâneo, mais humana que a justiça de hoje, nos países em que a lei manda matar, era a dos atenienses, que, enviando a cicuta ao condenado, deixava a este a liberdade de abreviar a própria morte, praticando o suicídio.

"E nada mais macabramente iníqua, na prática, que a decretação da pena de morte. Dependente de pronunciamento do tribunal do júri, a imposição dela está sujeita à intervenção de circunstâncias fortuitas ou caprichos do acaso, de tal modo que, freqüentemente, uns a sofrem por crimes menos graves do que os de outros réus condenados à prisão perpétua ou temporária. Uma sensacional campanha jornalística contra o réu, um promotor teatralmente eloqüente, uma defesa mal orientada, um conselho de jura-

dos excessivamente rigorosos, tudo isso pode influir no sentido de um julgamento aberrante, entregando-se ao carrasco um réu que, em outras condições, poderia ser absolvido ou condenado a simples privação de liberdade.

"Tome-se, para exemplo, o caso de Caryl Chessman: contra o terrivelmente hábil promotor Miller Leavy, que o acusa sustentando enfaticamente a tese de que o réu era 'um gênio do crime, sem nenhuma consciência social', Chessman, não dispondo, a esse tempo, de dinheiro para ajustar um advogado competente, teve, embora sem preparo e alheio aos truques tribunícios, de se defender a si mesmo, desajeitada e insuficientemente, perante um júri composto quase exclusivamente de mulheres, tiroidianamente emotivas e aprioristicamente inclinadas à vingança dos imputados assaltos contra moças indefesas.

"Para erradicar o mal, não é preciso erradicar o homem. O que cumpre fazer não é matar o homem criminoso, mas o criminoso no homem. A criminalidade não se extingue ou declina com a pena de morte. Ao invés de irrogar-se arbitrariamente o direito de matar, ao Estado incumbe promover a remodelação da própria sociedade, para que se apresentem melhores condições política, econômicas e éticas, eliminadoras das causas etiológicas do crime. A pena de morte não traduz mais que o comodismo da administração da justiça, que, para esquivar-se à tarefa de recuperar os delinqüentes perigosos, prefere eliminá-los, sem maior trabalho, como a cães danados. A maior ilegitimidade da pena de morte se evidencia, porém, em casos como o de Chessman. Tendo ele conseguido sobreviver até hoje, resistindo a um martírio de onze anos e batendo obstinadamente à porta dos tribunais, demonstrou, no curso do tempo, de modo mais cabal, que não era, como supunham, uma personalidade irremediavelmente deformada. É ele, hoje, um egresso definitivo do submundo do crime. Aquele criminoso, por disposição e hábito, que a justiça criminal, em 1948, decretou que fosse morto, já não mais existe. Desapareceu na antesala do Inferno, que é o *corredor da morte* de San Quentin. Atualmente, matar Chessman será um ato profundamente incaroável e prejudicial à sociedade, que recuperou nele um homem cujo valor não se mede pela craveira comum. Não posso, nem quero acreditar que tenha razão o escritor Max Leoner quando, depois de reconhecer a transfiguração moral de Chessman, após a longa e drástica experiência do *corredor da morte*, concluiu com estas palavras melancólicas: 'Mas não há dúvida que nós o mataremos, mais dia menos dia, não porque isso seja lógico, mas por faltarnos imaginação social para adotar qualquer outra medida'.

"Chessman vem de sofrer mais uma derrota na Suprema Corte americana, mas, segundo me informou F. R. Dickson, atual diretor da Penitenciária de San Quentin, continua ele "*planning further appeals on various points in the hope that eventually he way win his release*".

"À generosa mocidade acadêmica de São Paulo, quero sugerir, neste momento, a formulação e envio de um apelo ao atual Governador da Califórnia, Edmund G. Brown, no sentido da comutação da pena de morte imposta a Chessman. Negaram-se à clemência os anteriores governadores, Warren e Knight, mas é possível que Brown, um dos mais jovens, segundo me consta, entre os governadores norte-americanos, seja menos inexorável e se disponha, diante das súplicas que lhe estão chegando de todos os quadrantes da Terra, a um gesto de magnanimidade. Nos dizeres que lhe dirigirem, os acadêmicos de São Paulo devem imprimir a marca de seu nobre coração. Será uma imploração a mais, a significar que também no Brasil o con-

denado Caryl Chessman desperta comovido interesse e é considerado, não apenas um cidadão dos Estados Unidos. mas um cidadão do Mundo. Deprequemos ao Governador Brown que não consinta se faça de Chessman um cadáver que, enterrado ou cremado, apenas deixará uma vaga, a ser logo preenchida, nas celas da morte da San Quentin, mas, ao contrário, lhe permita continuar a viver, já agora para o bem de seus semelhantes, em resgate do mal que praticou outrora. Seja ele beneficiário da mesma indulgência que a Itália e a França proporcionaram a Cellini, a Villon e a Jean Genet, cujos crimes (talvez mais graves que o de Chessman) se consideram contrabalançados pelas obras primas com que enriqueceram o patrimônio de arte e beleza da Humanidade."[22]

7.3 A pena de morte no Brasil

Sete anos após a execução de Chessman, houve uma nova e extraordinária oportunidade para que o seu advogado brasileiro *in pectoris* retomasse a luta contra a pena capital. Participando, como um dos ilustres convidados internacionais do *Colóquio* promovido pela Universidade de Coimbra, em 1967, para comemorar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal, Nelson Hungria apresentou uma valiosa *Comunicação*. Trata-se de mais um vigoroso e iluminado texto, através do qual o mestre da ciência penal, que nos deixou há quase trinta anos, mostra o seu talento e a sua irresignação. Da notável contribuição científica e humana, são extraídas duas passagens marcantes.

A primeira, cuida de um breve levantamento histórico sobre a pena de morte em nosso país, desde os tempos da Colônia, passando pelo Império – com o erro judiciário que levou à forca o fazendeiro Manoel Mota Coqueiro e as sucessivas comutações decretadas por Dom Pedro II, valendo-se de seu *poder moderador* – e chegando até ao *Estado Novo*, cuja legislação, permitindo a reforma da decisão do Júri pelo mérito, foi o instrumento para condenar os irmãos Naves pelo homicídio de uma pessoa que estava viva.

A segunda, resgata a causa de Chessman e, agora, com um fato novo do maior relevo e que justificaria a revisão criminal se a vítima da intolerância não tivesse sido sacrificada pelo Estado. Tratava-se de uma investigação apontando a identidade do verdadeiro *bandido da luz vermelha*. O delinqüente que atacava os casais de namorado à noite e tão procurado pela polícia de Los Angeles seria o *gangster* Charles Terranova, conforme declarações de sua própria viúva. Chessman fora condenado pelo seu passado e por um vago reconhecimento por parte das duas vítimas do crime sexual que se lhe imputou. Naquela *Comunicação* em terra portuguesa, Nelson Hungria resgatou, em parte, a memória daquele que foi mais um exemplo da irreparabilidade do *erro judiciário* quando entre a condenação injusta e a revisão do tempo se interpõe uma sentença de morte. Foram de Hungria, essas palavras:

"No Brasil, a pena de morte, com efetiva execução, é, como em Portugal, uma vaga, quase apagada reminiscência. *De facto*, desde 1855 deixou de ser aplicada, embora só viesse a ser abolida, *de jure*, após o advento da República (1889). E se foi restaurada com a Constituição anti-liberal de 1937, que instituiu no Brasil, transitoriamente, o chamado 'Estado Novo', tendo mesmo a subseqüente lei de Defesa do Estado (Dec. lei 431, de 18.05.1938, revogado,

(22) Nelson Hungria, "Um condenado à morte" conferência pronunciada na Sala do Estudante. (Impressa por gentileza da LEX – Coletânea de Legislação).

em parte, pela Constituição de 1946, superveniente à queda do 'Estado Novo') cominando a pena de morte no caso de certos crimes contra a ordem político-social, jamais foi infligida pelos tribunais do país, nem mesmo pelo juízo de exceção, que foi o ominoso Tribunal de Segurança Nacional (1936 – 1946).

"Nunca como na atualidade foi o sentimento brasileiro tão radicalmente infenso à pena de morte. Tudo indica que o Brasil jamais a restabelecerá, afeiçoando-se, assim, ao ritmo da maioria das nações do mundo civilizado, cujo exemplo autoriza a previsão de que, no ano 2000, não mais subsistirá, à face da terra, esse resíduo de barbaria, incompatível com o mais elementar espírito de solidariedade humana".[23]

8. Um texto de Clemente Hungria

Acompanhando, como advogado e filho dileto o esforço missionário de seu pranteado pai, o Advogado Clemente Hungria proporcionou-me um valioso material de consulta (notícias de jornais e reportagens da época que marcou as etapas finais do processo).

No dia seguinte à execução, Clemente Hungria deu uma entrevista a um jornal do Rio de Janeiro, lamentando a morte do condenado e afirmando que a justiça americana condenou um homem e matou outro, inteiramente diferente. " – Chessman estava completamente reabilitado, não só pelos doze anos na cela da morte, como pelos livros que escreveu, revelando um notável saber de criminologia e sociologia".[24]

(23) "A pena de morte no Brasil", em *Pena de Morte:* Coimbra, 1967, vol. II, p. 173/185. A *Comunicação* foi também publicada na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*: Rio de Janeiro, edição da Universidade do estado da Guanabara, n. 17 (abril-junho de 1967), p. 7 e s.

(24) *Última Hora*, terça-feira, 03.05.1960.

No ano de 1990, Clemente Hungria redigiu um oportuno texto narrando trechos da luta que seu pai empreendeu quando ainda era Ministro do Supremo Tribunal Federal. É uma espécie de *depoimento* prestado por uma testemunha que acompanhou os esforços de seu progenitor e que absorveu o espírito daquela histórica causa.

A tragédia de Caryl Chessman e Nelson Hungria

Um episódio de trágico epílogo, diz respeito a inflexível oposição de Nelson Hungria à pena de morte, pesquisada e lembrada elo conspícuo ministro Ministro Cid Scartezzini, do Superior Tribunal de Justiça, em seu discurso de posse, ao ocupar na Academia Paulista de Direito, a cadeira vaga com a morte desse saudoso penalista, salientou:

'Notável o seu trabalho como advogado no caso Caryl Chessman. Baseado em certidões que lhe trouxeram dos Estados Unidos os causídicos americanos, que funcionavam como defensores do suposto *bandido da luz vermelha*, elaborou um parecer técnico irrespondível demonstrando as falhas e lacunas existentes nos autos, face às leis vigentes naquele país. Nelson Hungria alertou a justiça americana de que não poderia julgar um homem e, doze anos depois matar outro, inteiramente recuperado".

"O réu californiano Caryl Chessman, em verdade praticou vários delitos desde sua puberdade até aos 27 anos: furtos de automóveis e estelionatos, agressões, desordens e contravenções, mas sempre negou a autoria dos supostos estupros que o levaram a ser condenado a morte, – (por um júri composto de 11 mulheres e 1 homem) – bem como ser o *red light bandit*.

"No longo período de 12 anos, na tenebrosa cela da morte, na penitenciária de San Quentin, apesar de ser portador apenas de diploma do curso primário,

por um esforço quase sobre-humano, lera mais de 20.000 livros, tornando-se poliglota (aprendeu português em 3 meses) e notável escritor, principalmente sobre assuntos de criminologia e métodos penitenciários de recuperação do preso. Seus livros foram *best sellers* em toda parte e traduzidos em 17 idiomas.

"O derradeiro *habeas-corpus* de Chessman, redigido por ele mesmo, com 350 folhas, assinado por seus advogados John Thorne, Rosalind Asher e George Davis, e impetrado perante a Corte Suprema do Estado da Califórnia, por incrível que pareça, foi denegado por 4 a 3, desprezando-se o milenar voto de minerva. A redação de tal *writ* foi considerada por Nelson Hungria como uma verdadeira peça jurídica.

"Movido por um fio de esperança, Chessman detonou o último cartucho na batalha de sua sobrevivência, peticionando ao governador Edmund Brown, não para pedir clemência, que considerava uma confissão tácita dos crimes que não cometera, mas solicitando a comutação de sua pena para prisão perpétua. Neste arrazoado, citou nominalmente o juiz da Suprema Corte Brasileira, Nelson Hungria e seus argumentos jurídicos. (O Juiz do nosso Pretório Excelso, foi autorizado por seus pares a emitir parecer em prol de Chessman).

"Chessman sempre afirmou que – "se me pedirem para confessar minha culpabilidade em troca de perdão, penso que nada farei, que marcharei diretamente para a *câmara verde*! (apelido da câmara de gás).

"Também inconformado com a injustiça do Tribunal de Sacramento, Hungria escreveu ao Governador Brown – carta noticiada na revista norte-americana *Time*, de 21.03.1960 – ponderando sobre a questionada comutação. Ao mesmo tempo promoveu uma campanha, iniciada em Curitiba e que ultrapassou as nossas fronteiras, contra a pena de morte e em benefício de Chessman, contando com a colaboração positiva do professor Geber Moreira, e conquistando aplausos de incontáveis juristas, políticos, intelectuais, artistas e jornalistas do Brasil e de todo o mundo, ficando na excelente companhia de Francesco Carnelutti, Giovani Leoni, Palmiro Togliatti, Alberto Moravia, Marlon Brando, Eleonor Roosevelt, *Papa João XXIII*, Erskine Caldwel, Prado Kelly, Evandro Lins, Evaristo de Morais Filho, Camargo Guarnieri, Antonio Maria, e muitos outros.

"Cometeria uma omissão imperdoável se não lembrasse a figura magnífica de Giacomo Franco, industrial paulista, que empregava em suas fábricas egressos das cadeias, e que serviu de elo entre Nelson Hungria e Caryl Chessman, trazendo ao Brasil, a advogada Rosalie Asher para se contatar com o jurista brasileiro. A advogada Asher entregou ao Ministro Hungria as principais peças do volumoso processo de Chessman, em fotocópias, para a elaboração do parecer solicitado, que foi feito, obviamente, gratuitamente.

"Insensível aos apelos e ao clamor mundial, o Governador Brown, apesar de ser contra a pena de morte, mas nas vésperas das eleições norte-americanas, lavou as mãos na bacia de Pilatos, não comutando a injusta e terrível sanção aplicada àquele infortunado, que morreu na câmara de gás, onde agonizou por 9 minutos.

"O cruel homicídio legal de Chessman foi narrado por duas jornalistas, Eleonor Garner e Mary Crowford, por ele convidadas a assistirem a sua execução. Assim se expressaram, no jornal onde eram repórteres:

'Chessman ao ser amarrado à cadeira de execução, na Câmara da Morte, disse adeus aos guardas, cumprimentou com a cabeça os assistentes, sorrindo piscou um olho para nós e disse: – 'Estou pronto, está bem, as correias estão aper-

tadas'. Neste momento, às 10 horas e 3 minutos, as cápsulas do gás mortífero caíram do alto da câmara, e pouco a pouco começaram a inundar o pequeno compartimento, como uma neblina. 1 minuto depois, Chessman que havia respirado profundamente, aspirou do mesmo modo, jogando bruscamente a cabeça para trás e dobrou-se sobre si mesmo, continuando com respiração ofegante e com os olhos esbugalhados. Às 10 e 5 o moribundo gritou e voltou a lançar a cabeça par trás. Às 10 e 6 as mãos dele começaram a tremer e o seu lívido rosto cobriu-se de suor. À 10 e 7 mais uma vez proferiu um grito, agora abafado, quase um rugido, e a sua cabeça inclinou-se com violência para frente. Às 10 e 8 ficou com a cabeça balançando sobre o peito e todos percebiam a baba avermelhada e espumante de seu corpo, assim permanecendo por 4 minutos, até ficar totalmente imóvel. O médico de San Quentin, no atestado de óbito, declarou que Caryl Chessman morreu às 10 horas e 12 minutos, da manhã do dia 02.05.1960'.

"Momentos antes de sua execução Chessman disse aos jornalistas: – 'Não sou o bandido da luz vermelha, e não me importa morrer, desde que seja o último condenado a morrer; acabem com a pena de morte!'

"No dia seguinte desse assassínio oficial, o *Diário da Noite*, do Rio de Janeiro, publicou uma *charge* do caricaturista Brandão: A estátua da liberdade em lágrimas – e Nelson Hungria, profundamente desalentado, murmurou: – 'Até mesmo Jesus Cristo foi vítima de erro judiciário!'

"É sabido que a impopularidade de um réu pode fechar-lhe a porta da absolvição, notadamente perante o tribunal popular; o mesmo ocorrendo quanto a uma comutação de pena de morte para prisão perpétua, pela autoridade competente. Exatamente como aconteceu com Chessman. Tendo vida pregressa pontilhada de infrações penais e em face dos *crimes* que o levaram à pena máxima, a sua impopularidade se tornou irreversível.

"Jamais lhe deram oportunidade de se reabilitar na vida. Ao contrário, internado em 'reformatórios' juvenis, de lá saia revoltado com a sociedade e corrompido para uma prematura marginalidade. Porém, nunca foi acusado de crimes violentos (até o erro judiciário de que foi vítima), de crimes de sangue, de crimes contra vida. Os seus delitos giravam em torno do patrimônio alheio e de algumas brigas e libações, insistimos.

"Passou uma infância de menino doente e pobre. Órfão de pai, com mãe paralítica e sem outros parentes, nenhuma chance teve de levar uma vida sadia. Com várias passagens pela promiscuidade selvagem dos 'reformatórios', quando libertado dele não se podia exigir conduta diversa da que teve a não ser a de um desajustado.

"Em um de seus *best sellers*, 'A Cela da Morte'; Chessman informa que metade de seus colegas de 'reformatórios', agora adultos, cumpriam condenações na famigerada prisão de San Quentin. Naqueles *educandários* bacharelaram-se com o diploma de doutores do crime.

"O governador Brown, contra a pena de morte, recusou conceder clemência ou comutação de pena à Chessman, porque candidato a Presidência da República, não se arriscaria atropelar os desígnios de seu eleitorado. Todavia, prorrogou o prazo da execução do condenado, por 60 dias, com o evidente propósito do legislativo estadual abolir a pena capital do Código Penal da Califórnia. Porém, em 11 de março de 1960, foi rejeitada a abolição da pena de morte, naquele Estado norte-americano.

"Convencido da ocorrência de grande injustiça, Nelson Hungria manteve por muito tempo, sua correspondência com a Dra. Rosalind Asher, depois da morte de

Caryl Chessman, até ficar comprovado o clamoroso erro judiciário.

"Em 1967, Nelson Hungria foi chefe da delegação brasileira, no 'Colóquio do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal', em Coimbra, quando compareceram cerca de 200 dos maiores penalistas de todo o mundo. Encerrando a leitura de sua monografia contra a pena de morte, Hungria foi aplaudido de pé quando, em derradeiro, depois de censurar o erro judiciário dos irmãos Naves, de Araguari, proclamou:

'Antes mesmo que cessasse a generalizada comoção acarretada por esse graúdo erro judiciário, um outro fato que, embora ocorrido nos Estados Unidos, teve enorme repercussão na América Latina, ainda mais agravou a ausência no Brasil, de clima propício à pena de morte. Trata-se do famoso caso de Caryl Chessman, condenado à morte pela justiça do Estado da Califórnia, como sendo o odiado 'bandido da luz vermelha', e que, durante os doze anos em que conseguiu adiar a execução da pena, adquirira, através a leitura de cerca de 20 mil livros, uma vasta cultura, que lhe possibilitou tornar-se um escritor de renome universal. Do seio das classes letradas do Brasil, notadamente da mocidade estudantil, inúmeros e calorosos foram os apelos dirigidos ao então Governador californiano, para que comutasse em prisão perpétua a pena capital imposta a Chessman, pois este, no 'corredor da morte' da Penitenciária de San Quentin, por um esforço quase sobrehumano, vencendo o negativismo de sua personalidade psicopática, se fizera um autêntico valor humano. Foi, porém em vão: Chessman respirou o gás mortífero, segundo o método de matar legalmente admitido na Califórnia. Pois bem; um ano depois, um artigo publicado no Peace News pelo conhecido criminólogo Harry Elmer Barnes, simultaneamente com livros trazidos a lume pelos advogados Milton Machlin e Willian Woodfield, em colaboração, e W. Kunstler ('Ninth Life' e 'Beyond reasonab'e doubt') não só demonstrava as graves falhas do processo contra Chessman como proclamava sua inocência, pois o 'bandido da luz vermelha' não era outro senão o gangster Charles Terranova, conforme declarações de sua própria viúva. Chessman fora condenado apenas em razões de seu passado pouco recomendável e um vago 'reconhecimento' por parte das vítimas Regina Johnson e Alice Meza, abstraindo-se que, como dizia o ilustre advogado italiano Bentin, 'o reconhecimento e a chamada de co-réu são os dois braços da cruz em que se prega a inocência'.

"Assim, a justiça norte-americana e dita Governador, estribados em indícios não comprovados e em obstinado radicalismo, mataram um inocente, pelo seu passado pouco recomendável e também para satisfazer uma desinformada e capciosa facção da imprensa, que empulhou grande parte da opinião pública ianque."[25]

9. Um documento para a posteridade

No dia seguinte à execução, estourou como uma bomba de efeito retardado a impressionante carta escrita por Chesman horas antes de sua morte e endereçada ao repórter Will Stevens, do *San Francisco Examiner*. "Minhas palavras" – dizia o escritor condenado – "dirigem-se a milhões de pessoas que no mundo inteiro tomaram tão grande e humano interesse pela minha odisséia. Aproveito esta oportunidade para agradecer, do fundo do meu coração e despedir-me de todos".

O povo americano sofreu um grande impacto emocional com a divulgação da última carta de Chessman. Muitas pessoas eram vistas chorando ou caminhando

(25) O artigo de Clemente Hungria permanecia inédito em relação a jornais e revistas de Direito.

cabisbaixas nas ruas. Os jornais que divulgaram o patético documento eram quase que arrancados das mãos dos jornaleiros, tão grande era o interesse da leitura. O documento, destinado a ingressar na história como um dos mais vigorosos libelos contra a pena de morte, foi escrita na última noite em que Chessman viveu o seu longo drama em busca da vida. É o seguinte o texto integral daquela *carta-testamento:*

"Caro Sr. Stevens:

"Como deve saber, os carrascos, na Califórnia obedecem a horário de bancos. Nunca executam alguém antes das dez da manhã e nunca depois das quatro da tarde. Quando ler esta carta, já eles me terão executado. Terei trocado o esquecimento por um incrível pesadelo que durou 12 anos. E o senhor terá presenciado o ato final ritualístico. Espero e confio em que o senhor será capaz de transmitir a seus leitores que morri com dignidade, sem medo animal e sem bravatas. Devo isto a mim mesmo, mas devo mais a muitos outros. A hora da morte chegará a mim dentro de poucos minutos. Resta-me de vida, segundo suponho, menos de dezoito horas. Passarei estas horas numa das celas, a alguns passos da câmara de gás."

"A aurora significará para mim o esquecimento. Aceito a realidade dos fatos e não tentarei iludir-me com o impossível milagre que venha poupar minha vida. Entretanto, paradoxalmente, o desejo de viver continua brilhando intensamente dentro de mim. É tal desejo, tal afirmação de vida que me torna possível permanecer sentado tranqüilamente, refletir e escrever estas palavras. É o que me impele a declarar simplesmente: Eu desejava continuar vivendo. Acreditei apaixonadamente que poderia oferecer uma contribuição com meus livros, não só à literatura, como à minha sociedade. Eu estava determinado a retribuir, assim, às milhares de pessoas de tantas nações que me defenderam e acreditaram em Caryl Chessman como ser humano. Eu teria tido grande satisfação e um sentimento de nobres objetivos se tivesse sobrevivido, para justificar seu compreensivo julgamento. Mas, um severo destino, revestido de roupagens jurídicas decretou minha morte numa pequena sala octogonal, pintada de verde".

"Como me sinto? Estranhamente calmo. Desde que esta carta somente deverá chegar as suas mão se minha execução não for adiada, isto significa que deverei receber, a qualquer hora da manhã que se aproxima, a confirmação da derradeira rejeição de meu apelo". Chegou a hora de dar aqueles curtos passos que me separam da câmara de gás, chegou a hora de ser amarrado na cadeira metálica e ser observado pelo testemunho de outros homens e mulheres que irão assistir como o Estado da Califórnia extingue uma vida humana em nome da Justiça, chegou a hora de aspirar bolas de veneno e cair inconsciente no eterno negro vácuo".

"Chegou a hora, em suma, de morrer. Então – assim acreditam muitos funcionários da Califórnia – o Estado estará vingado e vingado estará seu sistema de Justiça retributiva. O Estado terá acalmado seu espírito de vingança. Mas, vingança contra o quê? Câmaras de gás podem matar gente e não contrafações de sinistros e arrependidos criminosos lendários, 'monstros' mitológicos".

"Face a face com a morte repito enfaticamente e sem hesitação: Jamais fui o famoso 'bandido da luz vermelha'. O Estado da Califórnia condenou o homem errado, teimosamente recusou-se a admitir a possibilidade de seu erro, e muito menos, corrigi-lo. O mundo terá em tempo, provas deste monstruoso e selvagem erro. Não se orgulhará então desses fatos. Mas, ponhamos aqui de lado a questão de culpa ou inocência. O que me impele a escrever esta carta é minha firma convicção de que neste drama está

envolvido algo mais que a morte de um homem.

"Escrevo porque chegaram até meus ouvidos vozes humanitárias procurando socorrer-me e porque vi muitos homens morrerem assim. Devo crer, e acredito firmemente, que, antes que se passem muitos anos, reconheceremos a estúpida tragédia e tola futilidade desta 'herança do barbarismo humano', que se chama pena de morte e que teremos coragem e visão de eliminar. Vou morrer com conhecimento de que deixo atrás de mim outros homens vivendo seus últimos dias no corredor da morte. Declaro aqui que a prática de matar ritualmente e premeditadamente outros homens envergonha e macula nossa civilização, sem nada resolver contra aqueles que se lançam violentamente contra a sociedade e eles próprios."

E foi com estas palavras que Chessman encerrou sua carta:

"Assim, poderemos encontrar solução racional e humana para o problema do que a sociedade deve fazer com tais seres humanos. Este problema não deve jamais ser enterrado juntamente com o corpo do homem executado e suas vítimas. Ele não será enterrado junto comigo. Escolhi meu próprio caminho para chamar a atenção mundial para os corredores da morte e câmaras de gás. Não encaro a mim mesmo como um herói ou mártir. Pelo contrário, sou um louco confesso, profundamente consciente da natureza e qualidade dos loucos erros cometidos em meus anos de rebelde juventude. Não espero parecer grandiloqüente e didático. Mas, estas são crenças que ardem dentro de mim mais luminosamente que a minha esperança de sobreviver. Morrendo, devo reafirmar esta crença e exprimir minha última esperança de que estes que saíram em minha defesa continuam lutando contra as câmaras de gás, contra os carrascos e contra a justiça vingativa. Certamente mereceremos algo melhor. Extingue-se meu tempo. Devo encerrar aqui minha carta. Sinceramente, Caryl Chessman."[26]

10. Chessman o escritor

Escrever, para Caryl Chessman, foi a expressão mais eloqüente de sua compulsão emocional e de uma obstinada vontade de obter provimento aos seus apelos dirigidos ao Tribunal de Justiça da Califórnia e à Suprema Corte dos Estados Unidos. Os seus textos não se limitavam às narrativas bárbaras de um habitante da *sucursal do Inferno* que era a penitenciária de San Quentin. Eles descreviam os lances do processo, as circunstâncias de seu injusto envolvimento e o erro judiciário cometido pelo tribunal das onze mulheres.

Segundo uma entrevista prestada por Nelson Hungria a uma revista, o prisioneiro da *cela 2455* tornara-se um indivíduo útil à sociedade, "um precioso elemento do patrimônio cultural da Humanidade, de que deu atestado com os seus arrazoados jurídicos, que constituem mais de 10 mil laudas datilografadas, e os seus quatro livros que emocionaram o mundo pelas tremendas verdades que contem relativamente ao desconsertante problema da criminalidade."[27]

A advogada Rosalie Asher, que a todos cativou com a grandeza de sua luta e a generosidade de sua alma, foi quem possibilitou a Chessman a leitura de 2.000 livros de Direito que eram levados para a *cela 2455*.

Com a publicação de seus livros, Chessman recebeu prestígio internacional e a importância de cento e cinqüenta mil dólares que investiu para atender às pesadas custas de seu processo e hono-

(26) Transcrita pelo jornal *Última Hora*, edição de quarta-feira, 04.05.1960.

(27) *O Cruzeiro*, edição de 24.10.1959, p. 106.

rários dos advogados que nele funcionaram durante os vários anos nos tribunais até que pudessem obter o reembolso daquele corajoso investimento profissional.

O primeiro de seus quatro livros – *Cell 2455 Death Row – A condemned man's own story*, foi um *best seller* que alcançou enorme sucesso em nosso país[28] e na América Latina, além da Europa e dos Estados Unidos, onde recebeu elogiosas referências de jornalistas do *Washington Star, The New York Times, The New York Herald Tribune* e outros qualificados órgãos de imprensa. Os dirigentes e guardas da prisão ficaram furiosos com as revelações do texto e prometeram que o condenado jamais escreveria. Mas ele, obstinado como era, conseguiu que os manuscritos de outros livros fossem *contrabandeados* para editoras com a cumplicidade de companheiros do presídio que, como ele, amargaram vários dias na solitária por aquele tipo de colaboração. Assim e vencendo outros obstáculos, principalmente de natureza legal[29], vieram a lume: *Trial by ordeal* e *Face of Justice*.

11. Epílogo: O direito de morrer a própria morte

Como já foi dito em outra passagem do presente artigo, no ano de 1967, reuniram-se juristas de várias partes do mundo em Portugal, sob o patrocínio da Universidade de Coimbra, para o *Colóquio* relativo ao centenário de abolição da pena de morte nesse país. A sensibilidade e o talento dos organizadores do evento, sob a liderança de Eduardo Correia, motivaram um convite singular. Ao lado de penalistas consagrados na luta contra a pena de morte, foi convidado para abrir o ciclo das comunicações, o grande médico e poeta Miguel Torga.

Disse ele que comparecia nessa dupla condição: "o poeta representará, como puder, o ardor indignado e fraterno de quantos, de Villon a Victor Hugo, de Gil Vicente a Guerra Junqueiro, protestaram contra o iníquo pesadelo, e contribuíram para a sua extinção ou repulsa na consciência universal; o médico simbolizará com igual modéstia, a interminável falange daqueles que foram sempre, e são ainda, em todas as sociedades, os inimigos jurados e activos de qualquer forma de aniquilamento humano".

Os trechos finais da oração de Miguel Torga constituem um texto filosófico e literário de profunda repercussão no espírito de todos quantos ainda se mostram partidários da pena capital. Vale transcrever. "Nesta maldita hora de campos de concentração, de câmaras de gás, de bombas atômicas, de guerras sinistras, de massacres expeditivos, apelo ao respeito devido à nossa já dramática condição de mortais. A tragédia do homem, cadáver adiado, como lhe chamou Fernando Pessoa, não necessita dum remate extemporâneo no palco. É tensa bastante para dispensar um fim artificial, gizado por magarefes, megalômanos, potentados, racismos e ortodoxias. Por isso, humanos que somos, exijamos de forma inequívoca que seja dado a todos os povos um código de humanidade. Um código que garanta a cada cidadão o direito de morrer a sua própria morte"[30].

(28) *2455 – Cela da Morte*, cit. na nota de rodapé 9.

(29) Um dos advogados de Chessman e o seu editor foram processados sob a acusação de terem feito *contrabando* e *conspiração*, dentro de San Quentin.

(30) Miguel Torga, "Pena de morte", em *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, v. I, p. 5.

12. Viver sem medo da morte que está chegando

Logo após consumada a execução, o diretor da prisão de San Quentin, Fred Dickson, foi até a sala onde se encontravam os jornalistas estrangeiros – que foram proibidos de assistir ao *homicídio legal* – e lhes deu a terrível notícia, recebida com profundo e indisfarçavel constrangimento. E prestou um sumário depoimento sobre a conduta do *prometido à morte* :

"Chessman foi valente até o derradeiro momento. Passou a sua última noite escrevendo cartas e conferenciando com sua advogada Rosalie"[31].

O modo pelo qual viveu seus últimos anos, dedicado não somente à revisão de seu processo mas, também, à causa da abolição da pena de morte, fazem com que Chessman seja lembrado pelas quatro palavras de Horácio (65-8 aC) "Não morrerei de todo". O seu sonho de esperança não morreu com a destruição de seu corpo. Ao contrário: passou a viver em outros corações, embalado por outras almas.

É assim também que a poesia de António Nobre (1867-1900), nos mostra essa forma de *ressurreição*:

"Não tenhas medo. Morrer / não custa nada, é viver. / Custa menos que se pensa. / O principal é ter crença. / Morre o corpo, a alma abre asa. / E vai: é mudar de casa".

(31) Jornal *Última Hora*, edição de terça-feira, 03.05.1960.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Classificada

LEI 9.271/96

APLICAÇÃO PARCIAL E RETROATIVA

"...O preceito constante do art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 9.271/96, que prevê a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparece para ser interrogado e nem constitui defensor, possui a natureza de forma processual penal material, dado que, no mesmo dispositivo, trata de questões de direito processual penal e também de direito material.

Tratando-se de norma processual penal material, que em seu todo é mais gravosa ao acusado, não pode retroagir para alcançar processos criminais relativos a fatos delituosos ocorridos antes de sua vigência, pois, nesse caso, a lei nova não só garantiu o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório, mas criou uma nova hipótese de suspensão do curso da prescrição, que anteriormente inexistia, sendo, neste particular, mais prejudicial ao agente.

Não é possível a aplicação parcial do art. 366 do Código de Processo Penal, de forma retroativa, para ser admitida exclusivamente a suspensão do processo criminal, deixando que haja a fluência normal do prazo prescricional, dado que, nessa hipótese, estaria o julgador criando uma terceira norma, que não é nem a anterior, nem a atual, usurpando, assim, a função do legislador, o que se afigura inconstitucional.

O art. 366 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 9.271/96, somente pode se aplicado aos processos criminais pertinentes a fatos delituosos havidos durante a sua vigência.

Recurso a que se dá total provimento."

TRF da 3.ª Região, 5.ª Turma – Ap. Crim. 96.03.095222-2/SP – rel. Juíza Suzana Camargo – j. 26.05.97, v.u. – DJU *01.07.1997, p. 50450.*

"... É inadmissível que uma ação penal perdure por tempo ilimitado, suspenso o curso da prescrição até que o réu, citado por edital compareça ou constitua advogado, na tentativa de impedir a impunibilidade da infração penal. É injustificável e contraditório que a suspensão da prescrição, sem tempo limitado, decorra de uma medida estabelecida justamente para proteger o acusado não encontrado pessoalmente (...) A apreensão e preocupação demonstradas decorrem de que a imprescritibilidade deve ser evitada sempre, porque não existe qualquer interesse do Estado na duração indefinida de processos. Por isso, as causas suspensivas que impedem a prescrição são limitadas e excepcionais.

A Constituição Federal prevê no § 2.º do art. 53, a suspensão da prescrição quando for indeferido ou não deliberado pedido de licença para processar criminalmente deputado, enquanto durar o mandato. O Código Penal registra que suspendem o curso da prescrição: a resolução de questão que dependa o reconhecimento do crime e o cumprimento de pena no exterior (art. 116, I e II). A Lei 9.099/95, no seu art. 89, § 6.º, dispõe que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão condicional do processo. Em todas essas hipóteses há definição de um ato passível de ser praticado em determinado prazo; um marco possível de ser alcançado. Conclui-se, portanto, que a Lei 9.271/96 deve ser aplicada apenas parcialmente, como o fez a decisão guerreada. É benéfica ao acusado na parte processual, que capitula a possibilidade de suspensão do processo, e, em consequência, determina-se o sobrestamento do feito até o seu comparecimento ou constituição de defensor,

continuando a fluir, porém, o prazo da prescrição porque esse diploma criou, indiretamente, hipótese de imprescritibilidade além das previstas na Constituição Federal."

TACrim/SP, 10.ª Câm. – RSE 10664634 – rel. Juiz Márcio Bártoli – j. 03.09.1997, m.v.

"Contendo a norma do art. 366 do CPP, com a redação da Lei 9.271, de 1996, dois princípios integrados (suspensão do processo e do prazo prescricional), não se pode cindi-los, para fins de aplicação retroativa, mesmo porque disso nenhum benefício resultaria ao réu.

Habeas Corpus denegado."

STJ, 6.ª Turma – HC 5.546/SP – rel. Min. William Patterson – j. 26.05.97, v.u. – DJU *16.06.1997.*

"Em se tratando de acusado revel, inviável a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo de prescrição (art. 366 do CPP, com a redação da Lei 9.271/96) e vice-versa.

A Lei 9.271/96, versando também sobre direito material (causa impeditiva da prescrição) não se aplica às infrações cometidas anteriormente à sua vigência.

RHC improvido."

STJ, 6.ª Turma – RHC 6.418/SP – rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 16.06.1997, v.u. – DJU *30.06.1997, p. 31083.*

"Constitui paralisação injustificada do processo a suspensão do mesmo por aplicação dissociada do art. 366, CPP (Lei 9.271/96), de modo a sobrestar o feito, sem prejuízo do curso da prescrição. Precedente do E. STF (HC 74.695/SP, Informativo 63."

TRF da 4.ª Região, 1.ª Turma – Correição Parcial 97.04.15976-5/PR – rel. Juiz Volkmer de Castilho – j. 10.06.1997, v.u. – DJU *25.06.1997, p. 48429.*

"Impossibilidade de se aplicar a suspensão do processo, quando se tratar de réu revel, conforme previsto no art. 366, com a redação da Lei 9.271/96, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso do prazo prescricional, também prevista no mesmo dispositivo legal.

HC indeferido."

STF, 2.ª Turma – HC 74.695-1 – rel. Min. Carlos Velloso – DJU *09.05.1996, p. 18.130*

"Se o réu, citado por edital, não comparece a Juízo nem constitui advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional.

Aplica-se o novo preceito legal, de modo imediato, para situações futuras, ainda que o processo tenha sido instaurado sob o império da lei anterior."

TACrim/SP, 11.ª Câm. – Ap. 1.040.443/1 – São Paulo – rel. Juiz Ricardo Dipp – j. 31.01.1997, v.u.

"Não é lícito ao Magistrado dividir a norma legal para aplicá-la somente na parte mais branda, e suspender ou deixar de lado aquela tida por desfavorável. Deve entendê-la e aplicá-la em seu conjunto, sob pena de estar usurpando a função do legislador."

TACrim/SP, 1.ª Câm. – HC 300.226/3 – São Paulo – rel. Juiz Silveira Lima – j. 06.02.1997, v.u.

"O objetivo do legislador foi só permitir o lançamento de decisões definitivas de mérito quando pessoalmente citado o acusado. De tal sorte, aplica-se o novo dispositivo legal aos processos de conhecimento que se encontram, quando da entrada em vigor da Lei 9.271/96, em fase recursal, uma vez que ainda não estão definitivamente julgados os acusados.

Assim sendo, os autos deste processo de conhecimento deverão retornar ao Juízo de 1.º grau onde poderão ser realizadas novas pesquisas, tendentes a viabilizar a citação pessoal."

TJ/SP, 4.ª Câm. Extraordinária – Ap. Crim. 178.620-3/5 – rel. Des. Franganiello Maierovitch – j. 09.08.96, v.u.

"Pacificou-se nesta E. 3.ª Câmara Criminal, o entendimento de que a suspensão processual

e da prescrição são figuras atreladas, não comportando aplicação de forma dissociada. E como a suspensão da prescrição (regra de direito material) é mais gravosa que a prescrição fluente, a Lei 9.271/96 não retroopera por importar em retroatividade *in pejus*.

Datando o crime de época anterior à vigência da Lei 9.271/96, que entrou em vigor aos 17.06.1996, o r. despacho não pode subsistir, eis que, deferida a suspensão da prescrição, passará a ser mais gravoso aos réus.

Pelo exposto, defere-se a correição parcial para cassar o r. despacho de fls.189/190, para tornar sem efeito a aplicação da Lei 9.271/96, prosseguindo-se como de direito."

TJ/SP, 3.ª CCrim. – Correição Parcial 220.026-3/4, São Paulo – rel. Des. Segurado Braz – j. 10.12.1996, v.u.

RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO QUE SUSPENDE O PROCESSO

"Não estando a decisão, que ordena a suspensão do processo sem a fluência do lapso prescricional, elencada entre aquelas impugnáveis através do recurso em sentido estrito (art. 581 do Código de Processo Penal), é de se admitir o recurso de apelação para veicular a irresignação da parte (inciso II do art. 593 do Código de Processo Penal)."

TRF da 3.ª Região, 5.ª Turma – Ap. Crim. 96.03.095222-2/SP – rel. Juíza Suzana Camargo – j. 26.05.1997, v.u., DJU *01.07.1997, p. 50450.*

"I – O recurso deve ser conhecido como correição parcial, pois não se trata da hipótese sujeita à interposição de recurso em sentido estrito.

II – O disposto no art. 366 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei 9.271/96 não tem efeitos retroativos, não alcançando, por isso, as citações realizadas antes da sua vigência."

TRF da 4.ª Região, 1.ª Turma – Recurso Criminal 97.04.09634-8/PR – rel. Juiz Gilson Dipp – j. 29.04.1997, v.u., DJU *18.06.1997, p. 45431.*

"Cabe correição parcial para atacar decisão que ordena a paralisação do processo sem a suspensão da prescrição. Interpretação conjugada e aplicação integral do texto referido que recomendam a suspensão concomitante do processo e da prescrição, se for o caso, ou a sua inaplicação irretroativa. Correição parcial conhecida e deferida."

TRF da 4.ª Região, 1.ª Turma – Correição Parcial 97.04.16733-4/PR – rel. Juiz Volkmer de Castilho – j. 27.05.1997 – DJU *18.06.1997, p. 45431.*

"I – Da decisão que ordena a suspensão do processo com base no art. 366, oponível será o recurso de apelação.

II – A suspensão do processo deve ser determinada mesmo que a instrução já tenha sido concluída. Todavia, se já foi ultrapassado o momento das alegações finais, o processo não deverá ser mais suspenso, pois a fase do contraditório já ficou para trás. A sentença deve ser proferida."

TRF da 1.ª Região, 3.ª Turma – Recurso Criminal 1997.01.00.007235-4/MG – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 03.06.1997, v.u. – DJU *20.06.1997, p. 46262.*

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

"Habeas Corpus Preventivo – Constrangimento ilegal – Produção antecipada de prova oral – Inexistência de urgência – Inocorrência – Prejuízo que queda-se no terreno das generalizações – Hipótese de mero temor, suposições ou vaga suspeita – Juiz que assentou-se em razoabilidade do direito positivo – Poder geral de cautela – Não demonstrado a iminência de qualquer prejuízo – Ordem denegada."

TJ/SP, 3.ª CCrim/Janeiro de 1997 – HC 223.783-3/SP – rel. Des. Gonçalves Nogueira – j. 21.01.1997, v.u.

"Assim, o d. impetrante, tendo arrolado na denúncia (fls. 43/45) as testemunhas, impetrou o presente *mandamus* objetivando a concessão

da segurança para que as mesmas sejam ouvidas, preservando a prova oral, ante a evidente probabilidade de deterioração de tal prova pelo decurso do tempo. (...) Presente a legitimidade *ad causam*, e sendo possível a impetração do *writ* diante da inexistência de recurso previsto em lei para a impugnação à decisão hostilizada, a impetração merece conhecimento."

TJ/SP, 2.ª CCrim. – MS 218.122-3/2, São Paulo – rel. Des. Renato Talli – j. 16.12.1996. v.u.

"Nos casos em que ordenar a suspensão do processo, é lícito ao Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, promover a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Tal providência – que arma ao efeito de evitar que o decurso do tempo apague a memória do fato criminoso e assegure a impunidade do infrator – prevê-a expressamente a lei (art. 366 do Cod. Proc. Penal)."

TACrim/SP, 15.ª Câm. – MS 304.630/8, Praia Grande – rel. Juiz Vidal de Castro – j. 22.05.1997, v.u.

"Habeas Corpus. Pedido de suspensão da produção antecipada da prova acusatória. Impossibilidade. Art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 9.271/96.

O art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 9.271/96, deixa a critério do Juiz estabelecer as provas que são consideradas urgentes e que devem ser produzidas antecipadamente. Ao Magistrado, pelo seu prudente arbítrio, é que compete avaliar quais as provas que precisam ser produzidas antecipadamente, dado ao risco de desaparecerem ou de perderem o seu vigor probatório em face do decurso do tempo.

Há engano supor que a produção antecipada da prova testemunhal acusatória vem sempre em prejuízo do réu. Há casos em que os depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia contribuem para a absolvição do acusado. Em hipótese assim, o próprio réu ficaria prejudicado se as testemunhas desaparecessem e não pudessem mais ser ouvidas."

TJ/SP, 4.ª CCrim. – HC 218.800-3/7 – rel. Des. Hélio de Freitas – j. 12.11.1996, v.u.

"A produção antecipada da prova oral, está mais do que justificada e amparada juridicamente, posto que diante da ausência da imortalidade das testemunhas arroladas, e do efeito deletério do tempo na mente e na inteligência do ser humano, prejudicada ficará a instrução criminal. A Lei não pode ser interpretada a favor do mal, mas sim a favor do bem, e o bem, na hipótese, é a estabilidade social, com satisfação, às vítimas, do fato delituoso, através da devida punição.

Diante do exposto, confirmando a satisfativa liminar deferida, concede-se a ordem impetrada, para que produzida seja, antecipadamente, a prova testemunhal acusatória."

TJ/SP, 1.ª CCrim/Janeiro de 1997 – MS 220.480-3/5, São Paulo – rel. Des. Raul Motta – j. 24.02.1997, m.v.

"Na verdade, a recente Lei 9.271/96, a par da nova redação que deu aos arts. 366, 367, 369 e 370, do CPP, autoriza entre outras providências a produção antecipada das provas, em consideração à respectiva urgência, como se previa, num âmbito mais limitado, no art. 225, do mesmo diploma.

Por conseguinte, concede-se a ordem impetrada, para os fins almejados na impetração, dispensada a presença do réu à audiência instrutória, como consequência de sua revelia."

TJ/SP, 4.ª CCrim. – MS 218.972-3/0, São Paulo – rel. Des. Emeric Levai – j. 15.04.1997, v.u.

PRISÃO PREVENTIVA

"I – A interpretação não deve conduzir a uma conclusão destituída de finalidade, com a simples cisão de texto legal cujo conteúdo, na verdade, exige incidência unificada.

II – Todavia, se, por um lado, a Lei 9.271/96 não criou a figura da revelia 'premiada', por outro, ela não restaurou a custódia cautelar obrigatória.

III – No caso dos delitos apenados com detenção, a decretação da prisão preventiva deve obedecer ao disposto nos arts. 312 e 313 do CPP."

STJ, 5.ª Turma – RHC 6.262/SP – rel. Min. Felix Fischer – j. 01.04.1997, v.u. – DJU *05.05.1997.*

"*Habeas Corpus* – Lei 9.271/96 – Redefinição do art. 366 do CPP – Prisão preventiva decretada – Réu não localizado – Citação por edital ineficiente – Cabimento da preventiva como garantia da ordem pública – Ordem denegada.

Não bastasse a estupidez do crime, atualmente Hediondo, também principalmente a desaparição justificava decretar-se. Para facilitar a possível comparência do réu a Juízo, para prosseguimento da ação. O que seria menos esperável sem o guante prisional."

TJ/SP, 4.ª CCrim/Janeiro de 1997 – HC 222.190-3/6 – rel. Des. Ary Belfort – j. 14.01.1997, v.u.

"Prisão Preventiva – Decretação na interlocutória que suspende condicionalmente o processo – Justificativa apenas na situação de revelia – Inadmissibilidade – Art. 366 e 312 do CPP.

A atual redação do art. 366 em nada inovou acerca da prisão preventiva, a qual não se atrela automática e obrigatoriamente à suspensão do processo e do curso prescricional, mas subsiste como medida de natureza cautelar, cuja excepcionalidade exige fundamentada comprovação do *periculum libertatis* ao caso concreto."

TJ/SP, 3.ª CCrim. – HC 232.033-3/9 – rel. Des. Gonçalves Nogueira – j. 17.06.1997, v.u.

"...O decreto de prisão preventiva fundou-se na necessidade da presença da paciente para a continuidade do processo (fls. 40 v.º). Posto que revelia não é causa determinante, por si só, de custódia cautelar, e que a lei nova (aqui equivocadamente aplicada) não criou modalidade de prisão preventiva obrigatória, conclui-se no sentido da existência de intolerável constrangimento ilegal. Ausentes os pressupostos da excepcional providência cerceadora da liberdade de locomoção concede-se a ordem para revogar a decisão que decretou a prisão preventiva."

TJ/SP, 3.ª CCrim – HC 231.629-3/1, Osasco – rel. Des. Luiz Pantaleão – j. 10.06.1997, v.u.

Jurisprudência compilada por Carlos Alberto Pires Mendes, Sérgio Rosenthal e Vinícius de Toledo Piza Peluso.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

CRIMES HEDIONDOS E *SURSIS*

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Ementa: Penal. Estupro. Crime hediondo. Regime prisional. Suspensão condicional da pena.

– A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 –, ao estabelecer no seu art. 2.º, § 1.º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33/36 – e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5.º, XLIII).

– O regime prisional fechado integral é incompatível com o instituto da suspensão da pena.

– Recurso especial conhecido

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Votaram os Srs. Mins. Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília DF, 1.º de abril de 1997

Min. Anselmo Santiago, Presidente – Min. Vicente Leal, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (relator)*: – JOSÉ GUALBERTO DE ALCÂNTARA, residente em Jequeri – Minas Gerais, foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 14, I, ambos do Código Penal, por haver tentado, mediante violência física, manter relação sexual com Irani Lopes Moreira, sendo-lhe imposta a pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (f.).

Em grau de recurso, a sentença foi reformada, sendo reduzida a pena a dois anos de reclusão e concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 77, do Código Penal (f.).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso especial com esteio na alínea *a* do permissivo constituticional, alegando que o acórdão em destaque violou o art. 1.º, *caput*, V, e ao art. 2.º, § 1.º, tudo da Lei 8.072/90, ao conceder suspensão condicional da pena na hipótese, pois sendo o estupro um crime hediondo, impõe-se o cumprimento integral da pena em regime fechado (f.).

Oferecidas as contra-razões e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de (f.), opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (relator)*: – A questão emoldurada no presente recurso especial centra-se no exame de constitucionalidade da regra inscrita no § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

O questionado preceito legal, ao estabelecer que a pena imposta em condenação por prática

de crimes hediondos, tais como o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e a prática de tortura, deve ser cumprida integralmente em regime fechado, teria afrontado o princípio constitucional da individualização da pena (Cf, art. 5.°, XLVI), tese essa consagrada no acórdão recorrido e prestigiada pelo ilustre Ministro Relator.

O tema exige uma reflexão mais profunda.

A Carta Magna de 1988, na linha das nossas Constituições anteriores, cometeu ao legislador ordinário competência para regular a individualização da pena (art. 5.°, XLVI), não estabelecendo qualquer restrição ou diretriz.

Tem-se, portanto, no estuário da legislação ordinária o campo de disciplinamento do tema, encontrando-se no art. 59 do Código Penal o preceito central orientador do sistema de individualização da pena.

Segundo o mencionado cânon, o Juiz, no exercício de individualização da pena, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva motivos, circunstâncias e conseqüências do crime –, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. E após essa operação, definirá o regime inicial de cumprimento da pena. Este, o ciclo completo de individualização da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática do delito e promover a tutela da sociedade. E a relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, conforme as velhas teorias do *malum propter malum*, mas como visualizada nos tempos modernos, quando se prima pelo realce da sua função de recuperação moral e social do réu.

Já preconizava Roberto Lira na alvorada do Código Penal, em 1942, que "individualizar uma pena é adaptá-la à espiritualidade do réu e a educação deste deveria ser, não já mera questão de administração penitenciária, mas a intervenção na vida do réu, desde o momento do delito até a extinção da pena, com unicidade de critério educativo consciente da espiritualidade" (Comentários ao Código Penal, v. II, p. 34, Forense, Rio, 1942).

E em outra passagem, arremata o nobre penalista pátrio:

"Só depois de reabilitado o réu e reincorporado à vida do trabalho, a obra do Juiz se consumaria " *(op. cit.,* p. 35).

Com vistas a essa reabilitação, o Código Penal prevê, no art 33, as espécies de regime prisional – fechado, semi-aberto e aberto – e nos arts 34 a 36, a submissão do réu, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico para a individualização da execução, bem como a forma de ocupação laboral nos diversos regimes.

Em face desse quadro, é de se reconhecer que a norma do parágrafo primeiro do art. 2.° da Lei 8.072/90 afastou-se da orientação estabelecida pelo Código Penal, bem como da sistemática da Lei de Execuções Penaís (Lei 7 210/84), que prevê a execução da pena privativa da liberdade em forma progressiva, com a transferência de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso.

Todavia, embora mereça críticas o § 1.° do art. 2.° da Lei 8.072/90, não vejo como afastar a sua vitalidade jurídica, já que não afronta o texto constitucional.

É que a Carta Magna, como já se disse, conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena, sem indicar nortes, nem estabelecer princípios ou restrições. Por mais que se critique o citado dispositivo legal, não se lhe pode apontar qualquer vício de constitucionalidade, já que se trata de norma da mesma hierarquia do Código Penal e da Lei das Execuções Penais. De modo contrário, situa-se o questionado preceito na linha filosófica da própria Carta Magna, que em seu art. 5.°, XLIII, vedou a concessão de fiança, graça e anistia aos agentes de crimes hediondos, como de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

É relevante acentuar que o Supremo Tribunal Federal tem proclamado a constitucionalidade do § 1.° do art. 2.° da Lei 8.072/90, merecendo destaque o seguinte precedente, de que foi relator para o acórdão o ilustre Min. Francisco Rezek, assim ementado:

"*Habeas-corpus*. Lei dos crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o art. 2.°-§ 1.°da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo mo do tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas-corpus. Indeferido por maioria" (HC 69.657-SP, Pleno, *in* RTJ 147, p. 598).

No seu voto, o ilustre Min. Francisco Rezek, após afastar a tese de inconstitucionalidade da questionada norma legal e reconhecer a propriedade das severas e justas críticas da doutrina ao seu conteúdo, asseverou, de modo conclusivo, *verbis:*

"Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Min. Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior" (p. 605).

No mesmo diapasão, afirmou o Min. Paulo Brossard, *litteris*:

"A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratear norma constitucional" (p. 609).

Situo-me nesta mesma linha de pensamento. Embora entenda que a norma em cogitação seja destoante do sistema normativo codificado – Código Penal e Lei das Execuções Penais – e da melhor doutrina; embora me repugne a famigerada idéia do *malum propter malum*; embora seja apologista de uma política de humanização da pena, o que o regime de progressão viabiliza, não vejo como afastar o cumprimento do preceito que ordena o cumprimento integral em regime fechado da pena imposta aos agentes de crimes hediondos.

Á luz das considerações acima expendidas, é de se concluir pela incompatibilidade do instituto da suspensão condicional da pena com o regime prisional fechado integral. Se é certo que os crimes hediondos devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, não se lhes aplica, por conseqüência, o benefício do *sursis*, por incompatibilidade lógica.

Isto posto, conheço do recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer o regime prisional fixado na sentença de primeiro grau.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia SEXTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília , 01 de abril de 1997

COMENTÁRIOS

Desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, entre muitas outras questões, abriu-se a de se saber da compatibilidade da suspensão condicional da pena com a exigência do seu cumprimento, integralmente, em regime fechado. O aresto aqui comentado perfilha o entendimento de que não se afinam os termos dessa equação, "*por incompatibilidade lógica*".

A rigor o julgado, embora se detenha na explicação do porquê é constitucional a regra contida no art. 2.°, §1.° da Lei dos Crimes Hediondos, que impõe o cumpri-

mento da pena integralmente em regime fechado, deixa de explicitar o conteúdo da divisada "*incompatibilidade lógica*". Poder-se-ia inferir que a danosidade social da ação daquele que praticou um dos crimes hediondos ou a eles equiparados, enseja o mesmo tratamento aos infratores que ficaram, por exemplo, na esfera da tentativa e foram sancionados com pena não superior a dois anos.

Todavia, quando se trata de aferir a intensidade da resposta punitiva, não se pode perder de vista que esta deve levar em conta o desvalor da ação e o do resultado (Bustos Ramirez em: "Consideraciones en torno del injusto", *in*: "*Bases críticas de un nuevo derecho penal*", Bogotá, ed. Temis, 1982, p. 19 e ss.). Este critério de justiça material impede o mesmo rigor penal em casos que ou o bem jurídico não foi irremediavelmente lesado (tentativa), ou o agente teve menor participação na empreitada criminosa, ou mesmo porque era semi-imputável. Por aí já se poderia dizer que a decisão comentada, ao inviabilizar a suspensão condicional da pena nestes casos, afasta-se da equidade.

Por outro lado, no campo do positivismo jurídico, é imperioso destacar que o legislador *nada* dispôs a respeito da proibição da concessão do *sursis* nos casos em que o crime hediondo, ou o a ele equiparado, ficar na esfera da tentativa, ou for praticado por semi-imputável, ou atinar com situação de a participação de menor importância do agente. Por isso, ao contrário do que se decidiu, deveria ter prevalecido a intelecção segundo a qual "*as hipóteses de cerceamento ao exercício do direito de liberdade são prefixadas em lei. Obedecem, ademais, ao critério – numerus clausus*" (HC 4.252/SP, STJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Cernichiaro, mv., j. 5/3/96, DJ 24.02.97). O que, em outros termos, significa a impossibilidade de se ampliar os casos de prisão por falta de expressa previsão legal.

O tema não é novo e a jurisprudência dos Estados, particularmente a do Tribunal de Justiça de São Paulo, tem decidido que " a imputação de crime hediondo pode conduzir à presunção de incompatibilidade da suspensão condicional da pena. Todavia, inexiste norma expressa a impedir a concessão, além de ser impossível a interpretação extensiva a refletir analogia in mallam partem, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável ante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa ..." (RT 676/298, rel. des. Renato Nalini, no mesmo sentido, invocando inclusive o escólio de Antônio Scarance na RT 660/266, coloca-se o julgado da lavra do Des. Bento Mascarenhas publicado na RJTJSP 134/417).

Aliás, pioneiramente, Alberto Silva Franco, no seu consagrado "Crimes Hediondos", proclamava a perfeita conciliação entre a disposição que impõe o regime fechado e a possibilidade de se conceder o *sursis* pois "presentes todos os requisitos exigidos para a substituição da pena privativa de liberdade, não fica ao talante do Juiz concedê-la ou não. A substituição torna-se obrigatória" (Ed. RT, 3.ª ed., 1994, p. 157).

Para concluir, vale o registro de que a 5.ª Turma do STJ, em sentido diametralmente oposto ao do julgado comentado, oriundo da 6.ª Turma, em acórdão conduzido pelo Min. Edson Vidigal, decidiu que "inexistindo na Lei 8.078/90 norma expressa a vedar a concessão de sursis, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o sursis e a norma do art. 2.°, §1.°, já que inexiste qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto. O que importa para suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, inde-

pendentemente do regime prisional imposto" (RT 739/572). No corpo do aresto está dito que "fosse o sursis um benefício concedido no curso da execução penal, fosse ele uma resultante da progressão prisional, poderia falar-se, neste caso, em incompatibilidade. Mas não é. O *sursis* situa-se completamente fora da progressão das penas; é justamente o cumprimento da pena em regime nenhum".

O voto vencedor do Min. José Dantas, além de lembrar o decidido no Resp. 91.851, e após citar aresto da lavra do preclaro Des. Dante Busana, colacionado por Alberto Silva Franco, reafirma que o princípio da humanidade que informa as penas impede que se afaste o benefício "*por via exegética*" (RT 739/575). Mesmo porque, como decidiu o col. STF *"o princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição"* (RMS 21.662-3-DF, DJ 20.05.94, *apud:* AI 138.031-4-DF, DJ 13.06.94).

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL – IMPETRAÇÃO PARA EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO."

HELENA ROSA RODRIGUES COSTA

Mandado de Segurança 304.846/9 – Praia Grande

Impetrante: Segundo Promotor de Justiça da Comarca de Praia Grande (Dr. Marcelo Orlando Mendes)

Impetrado: MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande

Voto 0249 – Retator Marco Nahum

O ilustre representante do MP da comarca de Praia Grande impetra mandado de segurança, perante o MM. juiz da 2.ª Vara Criminal, para obter efeito suspensivo em recurso em sentido estrito interposto contra decisão que concedeu aos réus Marcelo Alves Queiróz e Moysés Soares da Luz Júnior liberdade provisória, o que teria ferido direito líquido e certo do impetrante.

Houve pedido de liminar que foi indeferido.

O douto Procurador de Justiça é pelo não conhecimento do pedido.

É o relatório.

Consta da inicial que Marcelo Alves de Queiróz e Moysés Soares de Luz Júnior, aos 23.03.1997, foram autuados em flagrante por infração ao art. 157, § 2.°, I e II, do Código Penal. A denúncia foi recebida.

Requerida a liberdade provisória dos acusados após manifestação contrária do impetrante, o MM. Juiz *a quo* deferiu-a sob o argumento de que, em outras palavras, não estavam presentes os requisitos da prisão preventiva (f.).

Irresignado com a decisão, o ilustre representante do MP recorreu em sentido estrito e para emprestar-lhe efeito suspensivo impetrou o presente mandado de segurança.

Importante se consignar, a princípio, que o MP tem legitimidade *ad causam* para propor o *mandamus* vez que é o "fiscal da lei" (RJDTACRIM 19/195; 11/209; 8/2S0).

No que tange ao cabimento do pedido, há que ser analisado sob o prisma de sua possibilidade jurídica. Esta ocorre, quando o ato jurisdicional atacado possuir manifesta ilegalidade, abuso de poder ou ofender direito líquido e certo, daí ocorrendo o *periculum in mora*.

Por direito líquido e certo entende-se situações fáticas estreme de dúvidas na sua apresentação, de modo a permitir a verificação evidente e translúcida da violência praticada RJTACRIM 29/347).

Periculum in mora é o dano impossivel de reparar, ou seja, a demonstração da ineficácia da medida, caso não haja sua antecipação (Ada Pelegrini Grinover e outros; "Recursos no Processo Penal"; Ed. RT; 1996; p. 405/406).

Obviamente, além dos requisitos acima expostos, a norma indvidual pretendida há que ser constitucional.

No caso, evidente que o entendimento do ilustre representante do Ministério de que o direito líquido e o violado decorre de "*que o réu poderia ter recebido os benefícios da liberdade provisória, já que, como explicitei, encontram-se presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva*" (f.).

Trata-se de alegação que se confunde com o próprio pressuposto do recurso em sentido estrito impetrado (art. 581, V, do CPP) e, como

tal, não é direito estreme de dúvidas na sua apresentação.

O *periculum in mora*, segundo a inicial, decorre de que "*até o julgamento efetivo do referido ficarão os réus em liberdade, podendo subtrair-se a aplicação da Lei penal e voltarem a criminalidade. Aí está a irreparabilidade do dano.*" (f.).

Segundo o impetrante, o *periculum in mora* exige, ou estaria a justificar, a ofensa ao direito fundamental de liberdade dos acusados.

Portanto, a concessão pleiteada só é admissível adotando-se o princípio da proporcionalidade, considerando-se os requisitos do art. 312 do CPP.

Uma das conquistas mais importantes do direito contemporâneo é, no dizer de Luigi Ferrajoli, "*a regulação jurídica do próprio direito positivo, não só quanto às formas de produção, mas também quanto aos conteúdos produzidos*" ("O Direito como Sistema de Garantias"; publicado na "Revista do Ministério Público", de Portugal; janeiro de 1995; n. 06, p. 35 – grifo nosso). Assim, o modelo garantista, diferentemente do do juspositivista clássico obriga uma dupla sujeição da norma ao direito: a legitimação formal e a legitimação substancial. A primeira exige uma subsunção formal a que se chama de *vigência* ou *existência*,que respeita a forma dos atos normativos, e que depende da conformidade formal dos atos. A segunda, exige a constitucionalidade da lei ou da norma Individual. Uma coerência que se refere ao seu *significado* ou *conteúdo*.

Neste sentido, textualmente afirma Ferrajoli: "Todos os direitos fundamentais – e só os sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno arfício que é o Estado Constitucional de Direito" (idem; ibidem; p. 37).

Assim, neste aspecto da constitucionalidade, toda norma necessita um vínculo de substância com os direitos fundamentais.

O legislador estabeleceu, ao recurso em sentido estrito, efeito devodutivo e efeito suspensivo (art. 584 do CPP). Preservando o "direito fundamental de liberdade", estabeleceu que o art. 581, V do mesmo estatuto Penal não teria efeito suspensivo.

Assim, o vínculo de substância que condiciona a validade *substancial* da norma individual que autoriza, em mandado de segurança efeito suspensivo para recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, inc. V do CPP, é inconstitucional e ofenda o Estado Constitucional de Direito.

Para que não fosse constitucional, os requisitos do art. 312 teriam que estar presentes, de forma líquida e certa, dando vínculo de substância à validade substancial da norma individual editada pela decisão jurisdicional

Além de não existir direito líquido e certo, o referido *periculum in mora* corresponde à ofensa a direito fundamental de liberdade, cuja proporcionalidade não está a demonstrar sua necessidade. Neste sentido, discorrendo sobre os interesse em conflito, especialmente, sobre o conflito entre o interesse estatal e o interesse individual, o prof. espanhol Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, em seu livro "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Processo Penal" afirma que "*a admissibilidade das medidas de intervenção corporal, como sucede com o resto das medidas limitativas de direitos fundamentais no processo penal, dependem também da observância do princípio da necessidade. Sempre que resulte possível as intervenções corporais devem ser evitadas, se possível empregar-se outros meios de investigação que lesione em menor medida os direitos individuais*" ("Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Processo Penal"; Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano; prólogo Vicente Gimeno Sendra; Editorial Colex, Madrid; 1990; p. 309).

Assim, toda norma individual que dê caráter suspensivo a recurso desprovido desse efeito, em detrimento de direlto de liberdade, é inconstitucional por fatar-lhe vínculo de substância com a Carta Magna.

O MM. Juiz *a quo* concedeu liberdade provisória para acusados de roubo qualificado. Embora se reconheça que este delito causa preocupação à sociedade, não se pode presumir que apenas pelo tipo penal elencado na denúncia, os réus venham a delinqüir e que a conveniência da instrução criminal esteja ameaçada.

Elementos normativos do tipo penal, por si só, jamais poderão fundamentar prisão preventiva, especialmente dar fundamento substancial para efeito suspensivo não previsto pelo legislador, em detrimento de direito de liberdade.

O pedido é inconstitucional e, como tal, não tem possibilidade jurídica.

Pelo exposto, não conheço do *mandamus*.

MARCO NAHUM

COMENTÁRIOS

O mandado de segurança, previsto pelo texto constitucional no art. 5.°, inc. LXIX e disciplinado pela legislação infra-constitucional no Dec. 1.533/51, pode ser definido, grosso modo, como instrumento jurídico de índole constitucional utilizável para a proteção de direito líquido e certo que esteja sendo violado ou ameaçado por ato ilegal ou com abuso de poder, emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público.

No dizer de Hely Lopes Meirelles (1) o mandado de segurança, "é ação civil de rito sumário especial" e como tal "distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é *próprio*, e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil".

Na verdade, da análise do texto constitucional, depreende-se que sua aplicabilidade é obtida por exclusão, já que será cabível quando não for a lesão ensejadora de *habeas corpus* ou *habeas data*, sendo restrito a atos ilegais praticados por autoridade, mas tal como no primeiro, possuindo rito sumário que não permite dilação probatória.

O campo residual de aplicação do mandado de segurança em relação ao habeas corpus acaba por torná-lo, em matéria penal, remédio mais comumente utilizado pelo órgão acusatório e apenas eventualmente pela vítima ou terceiro atingido por ato do juiz durante o processo.

Como ação autônoma, sujeita-se às condições da ação: legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Quanto à primeira, como nos ensinam os Profs. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, em "Recursos no Processo Penal"(2): "embora qualquer das partes, assim como os legitimados aos recursos, o sejam à ação de segurança contra ato jurisdicional penal, o remédio será utilizado sobretudo pela acusação, porquanto a defesa terá a seu alcance, na maioria dos casos, o *habeas corpus*." No caso do Acórdão ora comentado, inegável a legitimidade do Ministério Público para a ação devido à sua capacidade postulatória genérica, conferida aos integrantes da carreira e relacionada aos atos específicos de seu cargo ou função.

Já no que pertine ao interesse de agir, este estará presente sempre que houver dano ou ameaça de dano irreparável decorrente do ato impugnado, este de ilegalidade patente. No caso ora analisado, haveria o interesse de agir a fim de que fosse suspensa a eficácia de um ato jurisdicional penal (concessão de liberdade provisória), o qual, segundo o impetrante, acarretaria dano irreparável (comprometimento da aplicação da lei penal). Tratar-se-ia de atuação preventiva, ante à ameaça de dano pelo ato ilegal.

Por derradeiro, quanto à possibilidade jurídica, esta se faz presente quando o

ato "contiver manifesta ilegalidade os abuso de poder, a ofender direito líquido e certo, isto é, apurável sem dilação probatória". (in "Recursos no Processo Penal", *op.cit.*,p. 396).

Não se pode olvidar, ainda, o pedido de suspensão liminar do ato impugando, se demonstrado o *fumus boni iuris* (possibilidade do pedido) e o *periculum in mora* (ineficácia da medida caso não haja sua antecipação).

Durante certo tempo, muito se discutiu sobre o cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial, pois a Lei 1.533/51, que o regulamenta, em seu art. 5o, inc. II, vedava-o quando houvesse previsão legal de outra via de impugnação (recurso ou correição).

Ao seu turno, foi editada a Súmula 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

No entanto, a experiência forense foi demonstrando que atos jurisdicionais ilegais surgiam no curso do processo para os quais inexistia recurso ou, se existentes, sem que os recursos cabíveis fossem suficientes para evitar o dano, face à não suspensividade das vias impugnativas.

E assim, nesse panorama, foi o mandado de segurança se tornando uma espécie de recurso, na forma de uma ação autônoma, com vistas, na maioria das vezes, a conferir efeito suspensivo às vias de impugnação que não possuíam tal qualidade, sempre tendo em vista a irreparabilidade do dano que o ato judicial estaria a acarretar.

Em alguns casos de impetração contra ato jurisdicional ataca-se o próprio provimento que está a causar o dano irreparável de modo imediato e atual; em outros, a decisão do juiz é recorrível por outra via de impugnação, mas sem efeito suspensivo e nesses casos a segurança visa à obtenção desse efeito, como ocorreu no Acórdão ora comentado.

Outro ponto de divergência sobre o tema do mandado de segurança contra ato jurisdicional diz com a necessidade ou não da impetração do recurso cabível (caso existente) conjuntamente com o mandamus, com vistas a conferir o efeito suspensivo, mas não substituindo o uso da via impugnativa.

Nos Tribunais paulistas, a regra tem sido o entendimento o de que só se admite o mandado de segurança se houver sido apresentado tempestivamente o recurso cabível, e para alguns limitando-se a concessão apenas para conferir-lhe efeito suspensivo. A propósito: RT 511/58, 504/71, 512/91; JTAC 44/171, RJTJ 48/225 e 228.

Nessa linha de raciocínio, só se admitiria o mandado de segurança no caso em apreço para a obtenção do efeito suspensivo, pressupondo-se, portanto, a interposição do recurso em sentido estrito, e não do *mandamus* como instrumento jurídico isolado.

Vale mencionar, ainda, uma linha de entendimento restritiva, que entende que nem mesmo seria cabível o *writ* para atribuir efeito suspensivo a recurso, pois se o legislador não quis conferir tal efeito à via impugantiva em questão, a concessão da ordem frustaria sua intenção. (3)

Aliás, esse parece ter sido o ponto de partida do posicionamento do Acórdão, relacionando o tema, como se verá a seguir, com o conjunto de garantias existentes na legislação penal, o qual, por sua vez, retira sua validade da própria CF.

O caráter inovador da decisão comentada residiria não em negar pura e simplesmente a segurança, o que até poderia ter sido feito com base na linha restritiva já mencionada, ou, como na maioria dos casos, concedendo-se a segurança para o efeito suspensivo pretendido sem maiores indagações sobre a constitucionalidade ou não do pedido.

O aspecto inovador residiu em relacionar a denegação com um conjunto de garantias insertas na lei penal e na Magna Carta.

Com efeito, num enfoque abrangente do Direito Penal, como o vislumbrado pelo relator, urge perquirir em que medida uma norma guarda vínculo de substância com os direitos fundamentais.

Nesse passo, toda norma há de possuir, além do vínculo formal que a faz válida perante o ordenamento, uma ligação material com os direitos fundamentais contemplados na Constituição, o que a torna não só a expressão da vontade do legislador na consecução dos fins do Estado de Direito como um instrumento para a realização desse mesmo Estado.

Nessa perspectiva, é de se indagar qual a posição do legislador constituinte face à prisão cautelar e quais os reflexos da adoção do princípio da presunção de inocência, seja na prisão provisória, seja na interpretação de dispositivos que se relacionem a ela, enquanto "proibições negativas que limitam a intervenção" do Estado sobre o direito de liberdade.

Como se sabe, a Constituição de 88 acolheu a presunção de inocência, tornando ilegítima toda forma de prisão que se configure antecipação da punição ou que tenha decorrência automática de algum tipo de imputação, como ocorria com a prisão obrigatória. Por tal razão até hoje discute-se a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, a qual praticamente restabeleceu a prisão obrigatória para certos delitos.

Necessário, portanto, examinar a legislação infra-constitucional à luz dos princípios informadores do devido processo legal, dentre eles o da presunção de inocência, como aconselha o Professor Antonio Magalhães Gomes Filho, em "Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", (4) de que transcrevemos pequeno trecho: "Nessa linha de raciocínio, importa verificar, então, dentre as finalidades atribuídas pelo legislador ordinário – garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal – em que medida estaria, ou não, afrontada a presunção de inocência; além disso, parece-nos *importante procurar estabelecer certos parâmetros para evitar que, mesmo nas hipóteses em que não se manifeste incompatibilidade, não se afaste da idéia de excepcionalidade que deve revestir a prisão anterior à condenação definitiva"(g.n.).*

No caso do Acórdão analisado, o impetrante teria argumentado que o *periculum in mora* decorreria do fato de que, sem o efeito suspensivo pretendido ao recurso em sentido estrito interposto contra a liberdade provisória, o réu poderia subtrair-se à aplicação da lei penal, voltando à criminalidade, aí residindo a irreparabilidade do dano.

Outrossim, segundo o Promotor, o direito líquido e certo violado decorreria do fato de que o réu não poderia ter sido beneficiado com a liberdade provisória, já que se encontravam presentes os requisitos de sua custódia preventiva.

Ocorre que, como assinalado no Acórdão, o referido *periculum in mora* corresponde a uma ofensa ao direito de liberdade e, por tal motivo, deve ser analisado à luz dos princípios constitucionais.

Nessa análise, cumpre verificar que a restrição à liberdade do cidadão antes da sentença condenatória definitiva somente é tolerada em casos excepcionais, previstos legalmente (prisão como garantia da ordem pública, prisão como cautela instrumental e como cautela final, in "Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", (op. cit., p.66 a 72) e desde que devidamente fundamentada pelo juiz que a proferir.

De outro tanto, nessa perspectiva de excepcionalidade, como salienta o

Acórdão, a ofensa à liberdade antes da sentença final somente se justifica mediante a adoção do princípio da proporcionalidade, para o qual a prisão é um mal necessário e menor diante das conseqüências funestas, para o processo ou para a sociedade, da liberdade dos imputados.

É justamente na verificação dessa necessidade de custódia que se faz curial ter em mente o chamado modelo garantista, o qual, diversamente do juspositivista, obriga o intérprete a vislumbrar a norma sob duplo aspecto: o da legitimação formal e o da legitimação substancial.

A primeira está a se relacionar com os requisitos de vigência daquela norma perante a forma dos atos normativos. Por exemplo, seria de se indagar se tipos penais estabelecidos por meio de medida provisória são formalmente legítimos perante nosso ordenamento.

A segunda diz com um vínculo da lei/norma com a Constituição, na medida da convergência de conteúdo. Assim, de se indagar se determinada norma se afina com os princípios insertos na Magna Carta e se serve à consecução do Estado Democrático de Direito (art.1o da CF).

No caso em apreço, não se poderia falar em *direito líquido e certo* do impetrante porque ausentes, de forma cristalina e independente de dilação probatória, os requisitos da prisão preventiva, a qual, como se viu, é sempre excepcional, devendo ser calcada também em fatos concretos que a justifiquem.

Ademais, o alegado *periculum in mora* não se apresenta como possível juridicamente (ausente, portanto, uma das condições da ação, qual seja a da possibilidade jurídica). E essa ausência, aí está a inovação, está justamente na falta do chamado vínculo de conteúdo ou substância entre a restrição da liberdade pretendida pelo MP antes do trânsito em julgado e os preceitos constitucionais, os quais somente justificam a ofensa à liberdade no âmbito do princípio da proporcionalidade, vale dizer, quando estritamente necessária a custódia.

E em que critério se baseou o relator para análise da necessidade ou não da custódia? Na análise conjunta da legislação infra-constitucional (art. 581, V do CPP) e da Constituição Federal (art. 5.°, LVII, LXI, LIV e, principalmente, LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança").

Ora, o recurso em sentido estrito possui efeito devolutivo e suspensivo, conforme a hipótese legal.

O duplo efeito inexiste necessariamente para *todos* os casos de cabimento e o legislador processual penal assim procedeu, diferentemente em cada caso, a fim de preservar em alguns deles o direito fundamental de liberdade.

E o recurso em sentido estrito contra a decisão que defere a liberdade provisória não está no rol daquelas a que a lei comine também o efeito suspensivo.

Pretender que hipótese não contemplada com efeito suspensivo venha a obtê-lo pela via do mandado de segurança é, sem dúvida, burlar as chamadas "proibições negativas" a que alude Luigi Ferrajoli, posto que nestas o próprio legislador eliminou a existência do efeito suspensivo, limitando, conseqüentemente, a intervenção do MP quanto à obtenção do efeito suspensivo pela via do *mandamus*.

E é nessa perspectiva que encerra o julgado o relator, mencionando que muito embora o roubo qualificado inquiete a sociedade, inexiste a presunção de que o réu, tão só pelo fato de estar incurso nas sanções desse tipo, venha a cometer novo crime ou ameace a instrução criminal. Muito menos pode o tipo de crime fundamentar a obtenção de efeito suspensivo não previsto pelo legislador quando não guarda tal pedido vincula-

ção de conteúdo com os princípios constitucionais.

A título de conclusão, vale trazer o voto vencido do Eminente Desembargador Dante Busana que, em Acórdão de mandado de segurança para obter efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito contra a liberdade provisória em casos de tráfico de entorpecente, assim se manifestou:

"Negando efeito suspensivo ao recurso do art. 581, V, do CPP, o legislador atendeu ao princípio do *favor libertatis*, reputando que da liberdade vinculada eventualmente mal-deferida não resultaria dano irreparável, ao contrário, tal conseqüência poderia decorrer da manutenção da prisão-custódia, mercê do efeito suspensivo do recurso, se, a final, ficasse decidido que a hipótese era de liberdade provisória.

Assentando a decisão impugnada em fundamento razoável, cuja susbsistência deve ser decidida no julgamento do recurso em sentido estrito interposto, falta o *fumus boni juris* que permitiria conceder efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tem.

De lembrar que, só nos casos excepcionais de decisões sem nenhum amparo legal, caracterizadoras de abuso de poder, o mandado de segurança será adequado para elidir o *periculum in mora* decorrente de não ter o recurso cabível efeito suspensivo.

Estes os fundamentos que me levaram a, respeitosamente, divergir da ilustrada maioria e denegar a segurança." (TJSP – MS 161.115-3/1-5a. Câm. – Rel. Des. Poças Leitão – Rel. vencido Dante Busana – j.12.5.94-v.u.).

Bibliografia

"Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", Hely Lopes Meirelles, Ed. RT, 1988, p. 07.

"Recursos no Processo Penal", Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, Ed. RT, 2. ed., p. 401.

RT 647/295, Tribunal de Justiça de São Paulo

"Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", Saraiva, 1991, p. 66.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

EXECUÇÃO PROVISÓRIA

KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE

Ementa: Habeas-Corpus. Crime de tráfico de entorpecentes. Efeito apenas devolutivo de recursos de índole extraordinária: possibilidade de execução provisória da decisão condenatória.

1. É da reiterada jurisprudência do STF que os recursos de índole extraordinária, como o especial e o extraordinário, só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo, razão pela qual é legítima a execução provisória do julgado condenatório.

2. Ademais, se não é permitido que os condenados como incursos nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos apelem em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), com maior razão não se lhes pode conceder o especial privilégio de recorrerem extraordinariamente sem recolherem-se à prisão.

3. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do STF, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o *habeas-corpus*.

Brasília, 28 de julho de 1996.

Néri da Silveira, Presidente – Maurício Corrêa, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa:* Trata-se de habeas-corpus impetrado em 03.05.96 pelos advogados Eduardo Dourado da Silva e Elianici Gonçalves Gama em favor de Gilson Ferreira Guimarães e Mário Márcio de Assis, onde afirmam que os pacientes estão sofrendo coação ilegal por ato da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que os condenou – em grau de apelação interposta pelo MP contra a sentença absolutória do Juiz de Direito da Vara de Delitos contra a Saúde Pública de Campo Grande – às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e de 150 (cento e cinqüenta) dias-multa, cada um, como incursos nas sanções do art. 12, com a majorante do art. 18, III, da Lei de Tóxicos (Lei 6.368/76).

1.2 O núcleo das alegações, de difícil compreensão, está assim redigido, onde faço algumas correções para maior clareza, *in verbis* (f.):

"Inconformada a douta acusação apelou da sentença hostilizada, e em data de 03 de abril de 1996, por decisão da 1.ª Turma Criminal, reformando-a condenou os pacientes à de 5,4 (cinco anos e quatro meses), cada, em conseqüencia, expediu-se mandados de prisão contra os mesmos, contrariando acórdão prolatada até mesmo pela autoridade coatora.

Com efeito, pretendem apelar (rectius: recorrer extraordinariamente) à esta Augusta Corte de Justiça, assim que for publicada a decisão, através do venerando acórdão.

Entretanto, os pacientes que responderam o processo preso, a apelação em liberdade, também têm o direito de responderem (rectius: interporem) o recurso especial (*recitus*: recurso extraordinário) que impetram (rectius: impetrarão) a este sodalício em *oportune tempore*, em liberdade.

Encontram-se amparados, com o direito de continuarem a responde o processo em liberdade, mesmo em grau de apelação (rectius: recurso extraordinário) é o princípio extensio do instituto legal, criado para ampliar os limi-

tes da liberdade provisória, consagrando a regra de evitar a prisão antecipada, sempre que se tratar de réu primário, visa principalmente, impedir a propagação dos efeitos perniciosos e deletérios da promiscuidade carcerária sobre a existência socialmente úteis.

Os pacientes foram reconhecidos como inocentes em sentença prolatada pelo Magistrado primo, portanto, vê que existe grande probabilidade de ser reconhecida por este Tribunal suas inocencias.

Os mandados de prisão expedido contra os mesmos estão a lhes dificultar sobremaneira seus negócios, notadamente que são pessoas de bons relacionamentos nos seus meios, e a prisão antecipada, ainda em face de recurso a sentença (*rectius*: do acórdão) causa-lhes danos irreparáveis e difícil e incerta reparação.

Não se trata apenas de invocar o princípio secular de que a presunção de inocência deve militar a favor do acusado, mas assim, de reivindicar, em prol dos pacientes a aplicação da lei de expressando a tendência benéfica honesta de interpretar este dispositivo legal como um direito de todos e não como privilégio de alguns.

Finalmente, requer seja concedida e provida a presente ação, possibilitando que o paciente recorra (rectius: os pacientes recorram) da decisão de primeira instância (*rectius*: segunda instância) em liberdade; e, ao final, seja concedido o *writ*, expedindo-se o competente contra-mandado de prisão, determinou-se o recolhimento do mandado de prisão expedido contra os pacientes, bem assim, a abertura de vistas dos autos de processo crime movido, para as razões de recursos".

1.3 Em suma, o que posso entender da longa inicial, redigida em estilo singular e ocupando vinte e quatro laudas impressas em espaço um, é que os impetrantes pretendem que os pacientes possam interpor os recursos extraordinário e especial, aguardando os respectivos julgamentos em liberdade (f.). Juntam documentos (f.).

2. Indeferi a liminar porque não veio acompanhada da decisão impugnada (f.).

3. Vêm aos autos as informações prestadas pelo Vice-presidente do Tribunal coator, esclarecendo que foram aprendidos mais de 70 (setenta) kg de cloridrato de cocaína e a aeronave de prefixo PT-AUA (f.); documento às (f.).

4. Manifesta-se o MP Federal, opinando pelo não conhecimento do pedido por perda de objeto em face do julgamento da apelação, em parecer assim fundamentado, *in verbis* (f.):

"... o julgamento da apelação ocorreu em 03.04.96 (f.), ou seja, um dia antes (rectius: um mês depois) do ajuizamento da presente ordem, que não pode ser conhecida por falta de objeto, eis que os impetrantes pretendem que os pacientes aguardem em liberdade o desfecho de um recurso (apelação criminal – rectius: recursos extraordinário e especial) que já foi julgado. "

E o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa (Relator):* Senhor Presidente, vê-se que os impetrantes confundem o que seja primeira instância com segunda instância, assim como recurso de apelação como o que seja recurso extraordinário e recurso especial. Entretanto, do que pude entender do contexto da longa inicial, pretendem imprimir efeito suspensivo aos futuros recursos extraordinário e especial que afirmam que vão interpor.

2. Ocorre que é da reiterada jurisprudência desta Corte que estes recursos de índole extraordinária – especial e extraordinário – só podem ser recebidos no efeito devolutivo, e não no suspensivo, razão pela qual é legitima a execução provisória do julgado.

3. Ademais, se não é permitido que os condenados como incursos nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos apelem em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), com maior razão não se lhes pode conceder o especial privilégio de recorrerem extraordinariamente sem recolherem-se à prisão.

4. Não tenho como adotar o parecer do Ministério Público porque deu enfoque literal ao conteúdo de algumas passagens da inicial, supondo que os impetrantes estavam pretendendo apelar em liberdade, fato que a circunstância de terem sido absolvidos em primeira instância lhes outorgou.

Isto posto e com a vênia do parecer do MP Federal, conheço do pedido, mas indefiro a ordem impetrada.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Por unanimidade, a Tuma indeferiu o habeas corpus. Ausentes justificadamente, neste Julgamento, os Senhores Mins. Marco Aurélio e Carlos Velloso. 2.ª Turma, 28.06.1996.

Presidência do Senhor Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Srs Mins. Carlos Velloso, Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Wagner Amorim Madoz, Secretário

COMENTÁRIOS

"Há um imperativo moral que determina que a aplicação do conhecimento jurídico tem como objeto imediato a ordem normativa da dignidade humana. O ordenamento positivo está necessariamente subordinado à razão jurídica e nesta dimensão é que se deve analisar a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, não olvidando, por qualquer instante, o intérprete e aplicador da lei, a pessoa humana que tem que cumpri-la."

O acórdão acima transcrito, prolatado pela Segunda Câmara do STF afirma a possibilidade da execução provisória da decisão condenatória e, embora haja uma incompreensível resistência por parte dos juízes, este é um instituto que começa a ganhar espaço, cor e forma , conforme se denota pelas decisões iterativas de nossos Tribunais.

Neste tanto, há diversas decisões dos Tribunais Estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do STF. Desta última Corte destaco duas decisões proferidas em sede de habeas corpus, em razão da relevância dos aspectos abordados. A primeira recebeu o n. 72.162, j. 07.03.1995, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, votação unânime:

"Ementa: I – Habeas corpus: competência do STF: não é substitutivo de recurso ordinário de habeas corpus, de modo a deslocar-se para a competência do STJ, a impetração cujo objeto, embora anteriormente ventilado em habeas corpus perante o Tribunal de Origem, foi depois reiterado, sem êxito, em recurso por ele desprovido (precedente: HC 71.431, 28.06.94, Moreira Alves) ; II – A prisão decorrente de decisão condenatória recorrível – quando admitida, conforme o entendimento majoritário no STF (e não obstante a presunção constitucional de não culpabilidade) independentemente da demonstração de sua necessidade cautelar – constitui verdadeira execução provisória da pena que não se deve efetivar em regime mais severo que o da eventual condenação definitiva; III – Conseguinte admissibilidade da progressão de regime de cumprimento da pena ou de aplicação imediata do regime menos severo determinado na sentença, tanto mais quanto sujeita apenas a recurso de defesa (cf., HC 68.572, Neri da Silveira, Lex 159/263) ou como ocorre no caso, a apelação de assistente do Ministério Público, que não tem efeito suspensivo".

No mesmo diapasão acórdão 72.077, do STF, j. 03.03.1995, rel. Min. Marco Aurélio: " A execução provisória da pena privativa de liberdade e antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não constitui violação a norma constitucional. O art. 5.º, LVII, da Constituição, ao dizer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", não revogou o art. 594 do C.P.P., segundo o qual "o réu não poderá apelar sem recolher-se a prisão ou por estar

fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes..." .

Um dos óbices apresentados para a execução antecipada da pena refere-se a disposição constitucional esculpida no art. 5.°, inc. LVII, que dita: " Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

É evidente que a garantia constitucional, consistente no princípio da presunção de inocência, não pode ser interpretada para prejudicar o acusado. O sentido da existência da garantia é a proteção do indivíduo e usar a norma de amparo em prejuízo daquele que se visa resguardar é um absoluto contra-senso.

A afirmativa de que a execução provisória é um instituto prejudicial ao réu, pois obriga o cumprimento de pena antes da apreciação de recurso pela superior instância, é um argumento enganoso, pois parte de premissa falsa, esquecendo-se, mais uma vez, do destinatário da pena.

Aquele que se encontra detido em razão de um processo criminal, seja em razão de uma prisão em flagrante, preventiva ou qualquer outra de natureza cautelar, ou, ainda, em razão da condenação, não faz distinção quanto a natureza, pois o substrato da prisão, para aquele que se vê obrigado a nela permanecer, independentemente de trânsito em julgado da sentença, é a punição, justa ou não .

Para aquele que se encontra atrás das grades o que está ele ali a fazer é tão-somente exercitando a sua expiação. O nome a a natureza pouco importa, mas o relevante é a consciência do cumprimento de uma verdadeira pena, ainda que possa ser ela futuramente alterada com a reforma da sentença condenatória.

Nesta medida, não há como reconhecer a prejudicialidade, pois a execução antecipada somente tem cabimento quando o recurso não tiver efeito suspensivo, portanto, que não traga prejuízo ao réu, limitando-se às hipóteses em que o acusado não poderá recorrer em liberdade, justamente para dar cumprimento à garantia constitucional acima enunciada.

Faticamente: o condenado aguarda o julgamento da apelação preso. É possível afirmar que é prejudicial ao condenado o reconhecimento de remição? De progressão de regime de cumprimento de pena ? A autorização para trabalho externo? A resposta somente pode ser negativa e afirmar a violação constitucional é querer ser mais realista do que o rei.

Nesta ordem e diante desta realidade, o legislador ordinário estabeleceu no art. 2.°, par. ún., da Lei de Execução Penal: "Esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária". Assim fazendo, consagrou a execução provisória, porém não deu um melhor aparelhamento para a sua aplicação, cabendo aos julgadores, na lacuna da lei, dar significado prático e concreto à vontade clara do legislador.

A objeção levantada no sentido de inexistência de guia de recolhimento não pode ser acolhida, pois o título executivo é a sentença condenatória, como o é para a execução definitiva, e que serve de limites ao julgador do processo de execução. A guia de recolhimento é mero intrumento não existindo impedimento de extração da guia de recolhimento provisória.

Igualmente é indiferente para o processamento da execução provisória se o recurso contra a sentença que se pretende executar foi interposto pela acusação ou pela Defesa. Nesta última hipótese estariamos a punir mais severamente o condenado pelo fato de ter ele exercido o direito constitucional de defesa e em relação à primeira hipótese cabe invocar o magistério de Sergio Mazina Martins

que preleciona *(in* Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 19, p. 375): "Nenhuma privação de liberdade pode extrapolar o título que delimita sua própia potência executiva. Incorreto neste contexto, exigir para a execução provisória o trânsito em julgado para a Acusação pois, além do próprio título (p. ex., para além da sentença condenatória sujeita a recurso), nada mais há que mereça tutela: quanto mais uma pretensão condenatória da Acusação cujos termos até então não apenas não foram acolhidos mas, a rigor, até então foram expressamente repelidos pelo Estado-jurisdição, ao qual não cabe acautelar uma pretensão cujo mérito ele próprio, pelo menos até então, rejeitou" .

Após estas breves considerações, retorno às observações iniciais para destacar que "num Estado Democrático de Direito no qual a dignidade da pessoa humana funciona como ponto fulcral de toda ordem jurídica, não é possível admitir-se que um cidadão seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentança penal condenatória" (Alberto Silva Franco *in* Crimes Hediondos, ed. Revista dos Tribunais) .

Somente com os olhos voltados para a dignidade da pessoa humana é que se poderá fazer a correta aplicação e interpretação do ordenamento jurídico e dar cumprimento ao imperativo moral mencionado.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

Ementa: Processual penal. MP. Recurso em favor do réu. Legitimidade: O MP, como instituição, não é acusador, no sentido vulgar do termo. Tecnicamente, por imperativo constitucional, faz a imputação, para averiguar, presentes o contraditório e a defesa plena, o fato, com todas as circunstâncias Juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em conseqüência, evidencia-se a legitimidade para recorrer em favor do réu.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial por ambas as letras do permissivo constitucional e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram os Srs. Mins. José Cândido, Pedro Acioli, Carlos Thibal e Costa Leite.

Custas, como de Iei.

Brasília, 07 de abril de 1992.

Min. José Cândido, Presidente. Min. Luiz vicente Cernicchiaro, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator):* Recurso Especial interposto pelo MP do Estado do Paraná, em favor de Cleuza Costa Durial, contra v. acordão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, argúi contrariedade de lei federal e divergência jurisprudencial (f.).

O Recorrente pretende a reforma do v. acórdão recorrido a fim de que seja conhecida a Apelação interposta pela ré Cleuza Costa Durial.

A sentença, acolhendo a decisão do Conselho de Jurados, condenou a ré como incursa no art. 121, § 2.°, inc. IV c/c art. 29, *caput*, do Código Penal, fixando a pena base em 15 (quinze) anos de reclusão, elevando-a para 17 (dezessete) anos de reclusão por força do concurso de qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença e reduzindo-a de 01 (um) ano em virtude das circunstâncias atenuantes, tornando-a definitiva em 16 (dezesseis) anos de reclusão (f.).

O acórdão (f.) decidiu não conhecer do recurso, estampando a seguinte ementa:

"RECURSO DE APELAÇÃO – INTERPOSIÇÃO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI – PETIÇÃO QUE NÃO MENCIONA O DISPOSITIVO LEGAL EM QUE VEM AMPARADA – NÃO CONHECIMENTO

A petição de apelação, nos casos de processo de competência do Júri, é que fixa os limites do recurso, somente se admitindo que a omissão seja suprida nas razões respectivas, quando estas tenham sido apresentadas dentro do qüinqüidio legal"

O Recorrente, quanto à alínea *a*, alega haver o v. acórdão recorrido contrariado os arts. 593, inc. III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*, e parágrafos, e 599 do Código de Processo Penal. Sustenta:

"Cercear o acesso ao Juízo de 2.° Grau, quando o inconformismo foi manifestado no prazo legal, apenas porque faltou a indicação das letras *a*, *b*, *c* e *d*, é negar vigência aos dispositivos referidos que angariam o direito amplo de recorrer das

decisões e sentenças proferidas em processo da competência do júri" (f.).

Quanto à alínea *c*, sustenta:

"A divergência, no *punctum saliens*, se perfaz com o V. Acórdão na Ap. 65.827-3, da 6.ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (julgamento datado de 21.12.1988), unânime quanto à preliminar de conhecimeto, e que foi publicado na RT-638/281-283" (f.).

O r. despacho do ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento na alínea *c* (f.).

Parecer do MP Federal, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, em exercício, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, opinando pelo conhecimento do recurso com fundamento no art. 105, III, letra *c*, da CF e, no mérito, pelo seu provimento (f.).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator):*. Sr. Presidente, inicialmente, no juízo de conhecimento, como estampa o relatório, o advogado da ré contentou-se com a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em não conhecer o recurso de apelação.

Inconformado, o MP Estadual interpôs o recurso especial, visando a que aquele Egrégio Colegiado apreciasse o mérito do recurso.

Entendo, o MP, como instituição, não esgota suas atribuições na função do Promotor Público. Indiscutivelmente, perante o público, e a figura expoente, mais comparece, mais se evidencia, notadamente na Tribuna do Júri. Ocorre, entretanto, o MP Federal tecnicamente, juridicamente, não é acusador, no sentido de perseguir, de visar a aplicar, a qualquer custo, sanção a quem haja cometido a infração penal. Ao contrário, exerce, constitucionalmente, a renomada missão de apurar o fato. Dado ninguém poder ser condenado criminalmente, sem antes, através da garantia do contraditório e da defesa plena, averiguar-se o fato, com todas as circunstâncias.

O MP, portanto, juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário.

Por isso, não obstante no caso concreto o MP haver feito às vezes do órgão da imputação, como o que interessa é a verdade real, e o MP exerce a função de evitar, como dito, o erro judiciário, preliminarmente, reconheço a legitimidade do MP para, em favor do réu, interpor recurso.

O v. acórdão assim fundamentou:

"Preliminarmente, o recurso não merece ser conhecido.

Em realidade, verifica-se que a peça interpositória da apelação não mencionou o fundamento em que se apóia, dentre aqueles do inc. III, do art. 593, do código de Processo Penal. Em razão disso, por evidente, o recurso não se acha devidamente formalizado, dele não se podendo conhecer.

Cumpre destacar, no particular, que o entendimento que vem prevalecendo neste órgão fracionário da Corte é o que "a petição de apelação, em se tratando de processo do Júri, é que fixa os limites do recurso". Aliás, desse entendimento não refoge a jurisprudência do STF (RT 423/474), dele não discrepando também a doutrina, consoante de vê do Magistério de J. F. Marques, *verbis*:

"O recurso de apelação, no processo penal, tem caráter restritivo, quanto o Juízo *a quo* é o Júri. Se na apelação contra sentença do Juiz singular vigoram os mesmos princípios que na apelação cível, o mesmo não acontece no recurso de igual nome interposto contra decisão do Júri...

Por esta razão, não pode a apelação devolver à superior instância o conhecimento pleno da causa criminal decidida pelo Júri, ficando o recurso exclusivamente adstrito aos motivos invocados, pelo vencimento, ao interpô-lo."(Cf. "O Júri no Direito Brasileiro", ed. 1955, São Paulo, p. 193).

Na espécie, é verdade, consta das razões de apelação que o inconformismo está ligado à circunstância de entender que ocorreu desisão contrária à prova dos autos. Tal, no entanto, não tem o acordão de suprir a omisão notada e, de conseqüência, aperfeiçoar o recurso, portanto, no entendimento da Suprema Corte, a omissão só pode ser suprida com as razões, complemento que são daquele, quando tenham sido ofertadas a tempo, dentro do qüinqüídio legal. Por isso, não se conhece do recurso"(f.). A apelação foi interposta nos seguintes termos:

"A Ré, não se conformando, data venia, com a r. decisão do Tribunal do Júri, interpõe o

recurso de apelação, e uma vez recebido seja aberto vista para apresentação das razões de recurso"(f.).

O recurso foi considerado tempestivo, interposto que fora no dia 23.08.90 (f.). As razões são de 5 de outubro do mesmo ano (f.).

Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça no dia 18 de outubro seguinte (f.). Distribuídos aos 13 de novembro 1990 (f.). Emitido o parecer (f.), foi lançado o relatório (f.). Pedido dia, a seguir (f.).

Realço tais etapas do procedimento para registrar três fatos relevantes. 1) Interposição do recurso. 2) Razões da apelação. 3) Não abertura de vista à parte para arrazoar, exigência, aliás, do disposto no art. 600, § 49, do Código de Processo Penal.

A Ré, então Apelante, protestara pela apresentação de razões do recurso.

É certo, não as fez no Tribunal de Justiça. Todavia, a par da omissão legal, não foram deduzidas às (f.).

Tenho-as como apresentadas.

O princípio da busca de verdade real comanda relegar aspectos formais. Na espécie, restou explícito que a recorrente, não obstante silenciar quanto ao dispositivo legal, mencionou que a decisão fora manifestamente contrária à prova dos autos.

O Direito, notadamente o Direito Processual Penal, não transige com a decisão justa. Não basta ser legal. Urge, insista-se, manifestar-se justa.

Outra particularidade, significativa, aliás, enseja relegar o v. acórdão. A Ré, evidenciam os autos, é pessoa carente economicamente. Não dispõe, ensinam as normas da experiência, de recursos úteis para contratar defesa mais atenta. Neste ponto, invoque-se ainda ser imperiosa a defesa real. Insuficiente mera presença formal.

Endosso as considerações do Recorrente, *verbis*:

"Erros ou excessos, diga-se no caso presente, contra réus pobres, ou que não podem contratar os melhores especialistas.

Com efeito, não conhecemos caso semelhante criado por apelação formulada por advogados que se dedicam com desenvoltura às lides criminais e estão mais informados dos assuntos tratados; conhecemos, sim, vários, quando a defesa é desempenhada por advogados nomeados ou de menor prática processual – penal.

É possível dizer-se, portanto, que o assunto ganha maior relevância quando o réu não pode constituir advogado, ou não pode contratar dentre os mais afeitos aos termos processuais penais.

Com isso, chega-se a que a interpretação restritiva (como a do v. acórdão recorrido)–ao menos na grande maioria dos casos–acaba construída em cima da situação discriminatória segundo a disponibilidade financeira, ou da oportunidade de melhor informar-se, do acusado" (f.).

O dissídio jurisprudencial, por seu turno, também abonou o recurso. A sensibilidade reclamada foi expressa por outros Tribunais. Assim, os acórdãos-paradigma têm o apoio do confronto analítico. Enfrentaram o mesmo tema.

Ilustrativamente,

"A falta de menção específica do motivo legal do apelo não é motivo para dele não se conhecer, examinando-se as pretensões do recorrente à vista das razões ofertadas. (RT v. 544/ 349)" (f.).

"Diz, com efeito, a lei processual que, quando se tratar de apelação de decisão do Tribunal do Júri, ele caberá: a) quando ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança e d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Significa isso que a parte, ao apelar, deverá indicar, em seu requerimento, qual o motivo da interposição do recurso. Interposta apelação, porém, em termos genéricos, sem indicação do preciso permissivo legal, desde que a bem da defesa , em hipótese de condenação, o conhecimento se impõe mesmo assim, por obediência ao preceito constitucional que assegura ao réu amplitude de defesa.

É que o motivo poderá perfeitamente ser indicado nas razões de apelação ou, caso não o seja, poderá o tribunal encontrá-lo em seu conteúdo, havendo jurisprudência respeitável que proclama, mesmo em casos da competência do Júri, a possibilidade de o tribunal atribuir à apelação do réu efeito devolutivo. Co-

nhecem, pois, da apelação, e para provê-la, como adiante se vai expor" (f.).

Conheço do recurso por ambos os fundamentos. Dou-lhe provimento para, retornando os autos. ser decidido, como de Direito, o recurso interposto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp 10.715-0-PR-(91.0008729-7) – Relator: Exm.°. Sr. Min. Vicente Cernicchiaro. Recte.: MP do Estado do Paraná (em favor de Cleuza Costa Durial-ré presa). Recda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial por ambas as letras do permissivo constitucional e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6.ª Turma-07.04.92).

Votaram os Srs. Mins. José Cândido, Pedro Acioli, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Exm.°. Sr. Min. JOSÉ CÂNDIDO.

COMENTÁRIOS

O Min. Vicente Cernicchiaro, relator, oferece, na ementa, uma síntese do direito processual penal e dos valores constitucionais incidentes na ação judiciária. A ação judiciária é jurisdição em ato, da qual participam juiz, representante de MP, acusado e todos aqueles que exercem atividade na movimentação procedimental.[1]

Em outra oportunidade, afirmou o Ministro: "Não há partes, pedido, nem lide, nos termos empregados no processo civil. Ao contrário, juridicamente, o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (réu) não se colocam em posições opostas. Na verdade, no plano referido, MP (e mesmo querelante) e réu conjugam esforços para esclarecimento da verdade. Tanto assim, o Magistrado não resta vinculado se a acusação sugerir a condenação ou a absolvição. As partes, assim, têm a mesma e única preocupação – definir o fato narrado na imputação". Tem-se, aí, mais um argumento para a assertiva de que a expressão "acusados em geral", utilizada no art. 5.°, LV, alcança também o suspeito de prática de infração penal " (voto no Recurso Especial 13.375-RJ, publicado em "Devido processo legal e tutela jurisdicional", de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, Ed. revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 57)[2]

No processo penal o MP é parte no sentido formal porque não tem qualquer interesse próprio, particular, a defender. O interesse atribuído ao MP pelo ordenamento jurídico é público, de todos e de cada um. O MP não tem direito de ação, mas exerce um poder – dever[3] nascido da prática de conduta

(1) Sobre ação judiciária, v. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Processo penal, ação e jurisdição, Revista dos Tribunais, 1975, São Paulo, p. 7, bem como Rogério Lauria Tucci, "Aspectos modernos do direito de ação", Revista dos Tribunais,v. 497,1977, p. 11-30.

(2) Sobre inexistência de lide no processo penal, consulte-se Rogério Lauria Tucci et al., Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro, Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 116, 117. Consulte-se ainda, do mesmo autor, Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, Saraiva, São Paulo, 1993, p. 28,29. Veja-se ainda , sobre o assunto, o interessante A lide e o conteúdo do processo penal, Juruá, Curitiba, 1989, de Jacinto Nélson de Miranda Coutinho.

(3) Sobre ação penal condenatória como poder-dever e não direito do Ministério Público, anote-se nosso Ação penal condenatória, Saraiva, São Paulo,1995.

para a qual a lei penal reserva tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A imputação presente na denúncia é sempre hipotética e gera situação formal de dúvida inicial, dirimida no decorrer da instrução[4]. A hipoteticidade não significa, evidentemente, que a denúncia não deva estar fundada em fatos contidos em procedimento preliminar de investigação. O fato apurado na primeira fase da persecução penal, descrito na acusação, deve estar adequado à tipicidade, ilicitude e culpabilidade em grau suficiente para a denúncia. Tanto a primeira fase da persecução penal como a segunda procuram a verdade material. Embora a denúncia deva reproduzir a verdade localizada nas informações que a antecedem, formalmente ela produz indagação, na medida em que oferece a situação descrita à prova.

A preocupação do MP é com o devido processo legal e com a verdade, pois não interessa à comunidade a condenação de pessoa inocente, inocência essa resultado de desconformidade do narrado na denúncia com a prova produzida, de extinção da punibilidade ou de nulidade processual impeditiva de renovação do processo.

O MP tem poder-dever de acusar – concretizadas as hipóteses da lei –, mas não tem o dever de recorrer. Pode pedir a absolvição, deve pedir arquivamento do inquérito ou peças de informação quando não verificado dever de promover a ação penal[5]. O MP pode impetrar *habeas corpus*. A Constituição, no art. 127, impõe-lhe a defesa da "ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". A LC 75/93, que organiza o MP da União, lhe confere, no art. 6.º, VI, atribuição de impetrar *habeas corpus*. O art. 10 da mesma lei afirma que as autoridades policiais comunicarão prisão de qualquer pessoa ao MP, imediatamente. O próprio Código de Processo Penal, no art. 654, reconhece ao MP, enquanto instituição, a possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Na medida em que a ação de *habeas corpus* existe para garantir liberdade individual, e na medida ainda em que essa ação é conferida também ao MP, não se pode afirmar que a defesa da liberdade apareça subsidiariamente entre as atribuições da Instituição.

Há vezes em que o MP mostra ao Juízo nulidade processual, pede absolvi-

(4) Transcreva-se Giuseppe Sabatini, Principii costituzionali del processo penale, Napoli, Jovene, 1976, p. 49: "*Non bisogna dimenticare, infatti, che la ipoteticità della imputazione pone alla base del processo il dubbio. La situazione di dubbio, originaria del processo, non si elimina altrimenti che con la sentenza irrevocabili; è questa situazione che impone che nel processo penale sovrasti la presunzione di innocenza fino a che il dubbio non sia sciolto dal giudice*".

(5) A independência funcional do membro do MP possibilita a interposição de recurso para reverter absolvição mesmo quando, em alegações finais, outro representante tenha se manifestado em favor do acusado: " *Habeas corpus*. Recurso do MP. Alegação de falta de interesse do MP para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o promotor de justiça que interveío pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do MP, que foi provido, com a condenação do ora paciente, em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao parágrafo único do art. 577 do CPP. Independência funcional dos membros do MP. Funções de *custos legis* e *dominus litis*. A manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP. *Habeas corpus* indeferido" (STF,HC 69957/RJ, rel. Ministro Neri da Silveira, DJ 25.03.94, p. 05996).

ção ou manifesta-se favoravelmente ao acusado e diz-se, então, que está a agir como fiscal da lei ou *custos legis*. Em processo penal não estão separadas as funções de acusar e de fiscal da lei. A acusação já é ato fundado na lei, e a proteção dos direitos e garantias individuais, entre os quais o devido processo legal, é mais que mera fiscalização da lei. É cumprimento da Constituição.

Na verdade, promover ação penal, ser parte acusadora e oficiar dessa maneira todo o tempo no processo, deixando à defesa a alegação daquilo que lhe interessa, é postura mais adequada à prática forense. Conhecem o representante do MP, o juiz e a defesa, exatamente, o papel que cabe a cada um. Quando o juiz passa a exercitar o poder inquisitivo que a lei e o processo penal lhe conferem na procura da verdade, quando o autor oficial da ação penal passa a exercitar papel pouco usual, argumentando em favor do acusado, os papéis se confundem. Ambos, juiz e representante do MP, ficam mais expostos à crítica. Sabe-se que a crítica. nos conflitos penais, preocupa-se pouco com a doutrina e o ordenamento jurídico. Melhor é que cada um se proteja com a máscara do papel esperado na cena do processo penal. O único que está sempre do mesmo lado, lado de resistência, é o acusado.

Por outro lado, preocupando-se o MP – ao mesmo tempo –, com a acusação e condenação e com respeito às garantias individuais entre as quais se inclui a busca legal da verdade, necessariamente terá diante de si um dilema. Encontrar a saída é sempre mais difícil que optar por acusar sempre e de modo inflexível. Mas o próprio dilema sempre colabora para um processo penal melhor e responsável, na medida em que todos os aspectos envolvidos serão analisados e confrontados por todos os agentes da persecução penal. O resultado encontrado terá vindo após reflexão que terá conjugado, necessariamente, todas as questões da causa penal, favoráveis e não favoráveis ao acusado. As funções de *dominus litis* e de *custos legis* não estão dissociadas. O membro do MP, com a autonomia funcional inerente ao cargo, é parte formal ainda quando chama atenção sobre a Constituição, atenção essa que poderá favorecer o acusado. Quando o MP recorre em favor do acusado, o faz para preservar a Constituição, a segurança jurídica. Ainda nesse caso estará recorrendo como parte.

Decisões como essa do Superior Tribunal de Justiça apenas confirmam o que já está na Constituição e na lei. Mas aparecem como inovadoras, na medida em que despertam o interesse para essa função diferenciada que o MP exerce no processo penal. A decisão lembra a todos que não é porque a sentença vem condenatória que o interesse de MP está satisfeito . Pelo contrário. No momento da sentença outra vez é necessário avaliar a situação, verificando-se se a verdade judicialmente declarada, e os efeitos que o juiz deu a essa verdade, correspondem ao justo.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.3 Jurisprudência Recente

CRIME DE DANO – FUGA DE PRESO – *ANIMUS NOCENDI*

Ementa: Dano. Caracterização. Dolo específico. Fuga de preso. Danificação de cela. Ausência do animus nocendi. Crime não configurado.

– Para a caracterização do crime de dano é essencial a presença do dolo específico, seja, o animus nocendi, a atuação dirigida à produção de prejuízo ao patrimônio alheio, não se configurando o delito quando a ação danosa foi realizada para a consecução de outro objetivo.

– Não comete o crime de dano qualificado o detento que, objetivando empreender fuga de cela de Delegacia de Polícia, arranca grades de ferro e produz perfuração na parede do prédio público, pois o seu objetivo centra-se na conquista da liberdade.

– Recurso especial conhecido e provido

ACÓRDÃO – Vistos. relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Votaram os Srs. Mins. Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF. 12 de maio de 1997.

Min. Anselmo Santiago, Presidente – Min. Vicente Leal, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (relator):* Luis Carlos Acioli Lima, denunciado como incurso nas sanções do art. 163, par. ún., inc. III, do Código Penal por haver, quando recolhido a uma cela do 22.° Distrito Policial da Cidade de São Miguel Paulista, causado dano com patrimônio, realizando um buraco na parede da cela com o uso de barras de ferro retiradas das grades das celas, foi absolvido pelo Juízo de Primeiro Grau (f.).

Em sede recursal, a Décima Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo reformou a sentença, condenando o réu a 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de detenção e multa, em regime fechado, em face de ser reincidente e de possuir péssimos antecedentes (f.).

Irresignado, o réu, por intermédio de defensor público, interpõe o presente recurso especial, com suporte na alínea *c*, do permissivo constitucional, pugnando por absolvição, sob o fundamento de insuficiência de provas e de ausência de dolo específico.

Em prol de sua tese, cita vários precedentes, todos afirmativos do pensamento de que não configuram o crime de dano os atos de desobstrução de passagem praticados por presos com o intuito de fugir (f.).

Oferecidas as contra-razões (f), e admitido o recurso (f.), ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de (f.), opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (Relator):* – A questão jurídica enfocada no presente recurso especial é sobremodo controvertida no âmbito da doutrina e da jurisprudência pretoriana.

A *res in judicio deducta* tem sido objeto de longos debates e sobre ela duas correntes se formaram: uma, que preconiza o pensamento de que o crime de dano exige para sua configuração apenas dolo genérico, seja, a livre ação de destruir coisa alheia, independentemente de exame de objetivo pretendido. A outra corrente proclama que para a caracterização do delito em tela é essencial a presença do dolo específico, seja, o *animus nocendi*, a atuação dirigida à produção do prejuízo ao patrimônio alheio.

Segundo essa corrente, só há crime de dano quando o fato causador do prejuízo é praticado com esta finalidade precípua. Assim, não ocorre o delito quando a ação danosa foi realizada para a consecução de outro objetivo.

Após longa reflexão, tenho que essa última corrente reflete a melhor exegese sobre o tema em estudo.

O texto do art. 163, do Código Penal, por ser absolutamente sintético, não indica, por si só, qual a tendência que melhor se ajusta ao seu espírito.

Todavia, não se pode interpretar a lei sem situá-la no tempo e no espaço social. E em matéria penal, esta assertiva cresce de relevância, de vez que o debate tem repercussão no direito de liberdade, de imensurável valor, que só cede lugar ao direito à vida. Daí porque ao Juiz incumbe, ao lado do legislador, primar pela legitimação do sistema penal, não podendo cumprir apenas o papel de "correia de transmissão" entre o fato e a lei.

Dentro dessa linha de considerações, é de se considerar, no debate do presente tema, que a tendência moderna se dirige no sentido de se conferir a mínima intervenção ao Direito Penal, dando-se prevalência aos outros ramos do Direito para serem utilizados como instrumento de controle social.

Assim, o dano é tratado com eficiência no Direito Civil, que disciplina a sua plena reparação. Se assim, é a intervenção do Direito Penal no assunto deve restringir-se àquelas condutas que causam repulsa, como na hipótese de prática do dano com fim um si mesmo, em que o agente atua com o chamado *animus nocendi,* com o intuito direto de realizar o prejuízo ao patrimônio alheio.

Dentro dessa visão, não se conceber que um preso, recolhido a uma cela de Delegacia de Polícia, em condições sub-humanas na maioria das vezes cometa o crime de dano ao afastar os obstáculos para empreender fuga. Daí porque forte corrente jurisprudencial preconiza a tese de que o dano provocado por preso, com o objetivo de alcançar a liberdade, não configura o crime do art. 163, do Código Penal, à míngua de dolo específico.

Em seu precioso livro "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial (Ed. RT, 5.ª ed.), Alberto Silva Franco cita precedentes afirmativos das duas correntes. Da linha que exige o dolo específico para a caracterização do dano merecem destaque, dentre outros, os seguintes precedentes:

"Só se afigura o crime de dano quanto o fato constitui fim em si mesmo. Sendo causa ou meio de outro crime, constitui apenas elemento de crime complexo ou progressivo. A ação de serrar barras de grade de cela da prisão pelo custodiado não constitui um fim em si mesmo, de modo a tipificar o crime de dano, pois o propósito era evidente: a fuga". (TFR – Rel. Min. Carlos Madeira, RJTFR, 61/19, *op. cit.* p 2098).

" No estágio atual dos nossos presídios, é fugir à realidade da vida aceitar a tese de que o preso, como ser vivente, ao danificar, pretendendo a fuga, tem vontade dirigida para danificar bens alheios. Sua única e exclusiva vontade, toda a carga do seu psiquismo, toda a dinâmica de sua alma, toda a energia do seu corpo, toda a sua mente está mergulhada na idéia de liberdade. Somente esta o inspira e move e conduz, daí a exigência de dolo específico " (TACRIM – SP, Rel. Juiz Alvaro Cury, JUTACRIM 63/372, *op. cit.* p. 2098).

Tenho que essa linha de entendimento reflete a melhor visão sobre o *thema decidendum.* Por isso, a ela me filio.

Isto posto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, absolver o recorrente, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia SEXTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Fernando Gonçalves, Anselmo Santiago e William Patterson.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 12 de maio de 1997, secretário.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.3 Jurisprudência Recente

ESCUTA TELEFÔNICA – PROVA ILÍCITA

VOTO VISTA – O Sr. Min. CARLOS VELLOSO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de PAULO CÉSAR VIEIRA, condenado às penas de 6 (seis) anos de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 12, III, c/c o art. 18, III, ambos da Lei 6.368, de 1976, por sentença que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O eminente Ministro Relator rejeitou a causa de pedir consistente na nulidade da sentença e do acórdão, que teriam sido proferidos com ofensa aos artigos 176, 381, III, e 654, IV, todos do C.P.P., e art. 93, IX, da C.F., e bem assim não acolheu a alegação de inexistência de justa causa. Todavia, a alegação de que a condenação fundou-se em prova ilícita – escuta telefônica – foi acolhida por S.Ex.ª., que sustentou o entendimento no sentido da inocorrência, no caso, de "provas colhidas e que pudessem ser tomadas como autônomas, ou seja, sem vinculação com a escuta telefônica determinada judicialmente, muito embora à época não entrara em vigor, ainda, a Lei 9.296, de 24.07.96 A sentença foi prolatada em janeiro de 1996". S.Ex.ª. estendeu a "ordem aos demais co-réus que, também policiais, foram alcançados pela condenacão a partir das conversações telefônicas, ou seja, a Jorge Luiz Garcez de Mendonça e a Victor Hugo Rodrigues do Rosário.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do habeas corpus.

Passo a votar.

Em diversas oportunidades manifestei o meu entendimento a respeito do tema aqui debatido – a escuta telefônica como prova ilícita, à luz do disposto no art. 5.°, XII, da Constituição. Prova ilícita é prova que não pode ser considerada. No que concerne à doutrina dos "frutos da árvore venenosa" (fruits of the poisonous tree), tenho-a interpretado com temperamentos, tal como ocorre na Suprema Corte norte-americana. No HC 69.912-RS, deixei claro o meu pensamento, que foi melhor esclarecido nos votos que proferi nos HHCC 72.588-PB, 73.510-SP e 74.116-SP, dentre outros.

Destaco do voto que proferi no HC 73.510-SP:

"(...)

Quando do julgamento do HC 69.912-RS, proferi voto, no Plenário, sustentando a tese no sentido de que o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5.°, XII). Todavia, acrescentei, não existe, ainda, a lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inc. XII do art. 5.° não recebeu o art. 57, II, *e*, da Lei 4.117, de 1962, que diz que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisicão ou intimação deste. É que a Constituição, no inc. XII do art. 5.°, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. Concluí o meu voto, entretanto, por indeferir o writ, dado que a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou não se basearam apenas na degravação das escutas telefônicas, conforme neles afirmado, e não seria possível, em sede de habeas corpus, descer ao exame da prova.

No HC 72.588-PB, relatado pelo Sr. Min. Maurício Corrêa, voltei ao tema. Além de reportar-me ao citado HC 69.912-RS, examinei a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* e os temperamentos que lhe são emprestados pela Suprema Corte norte-americana.

Destaco do voto que proferi no HC 72.588-PB:

"(...)

É que a questão dos *fruits of the poisonous tree* há de ser encarada com cautela, a fim de não servir de biombo encobridor de delitos, num tempo em que, conforme ressaltei no voto

acima transcrito, a violência e os crimes do narcotráfico assumem proporções inquietantes. Somente a prova que se relaciona diretamente com a escuta ilegítima é que deve ser desconsiderada. Mas a prova que deflui, de forma indireta, da escuta, não pode ser afastada, de forma simplista. Trago ao debate, no ponto, o exemplo aqui tantas vezes lembrado pelo eminente Min. Sydney Sanches: intercepta-se uma comunicação telefônica e ali se diz que fulana fora assassinada e o corpo enterrado num certo local. Exumado o corpo, nele encontra-se prova de autoria do crime: nas mãos do cadáver, por exemplo, há restos de sangue e cabelos do criminoso, que, submetidos ao exame de DNA, indicam o autor do delito. Essas provas poderiam ser desconsideradas, ao argumento de que seriam *fruits of the poisonous tree*? Evidentemente que não seria razoável o entendimento no sentido da sua desconsideração. Não se pode esquecer que a balança da Justiça tem dois pratos. Num deles estão os direitos individuais, os direitos das pessoas, direitos que são inerentes à sua natureza, direitos, portanto, que devem ser respeitados e preservados. No outro prato, todavia, estão os direitos da coletividade, das pessoas consideradas coletivamente, que também devem ser respeitados. É dizer, se num prato da balança estão os direitos do indivíduo, no outro está o interesse público, certo que a democracia contemporânea recomenda a compatibilização desses direitos do indivíduo e da coletividade – dado que constituem eles duas grandes vertentes dos direitos humanos.

Ademais, se se invoca a doutrina da Suprema Corte americana, dos *fruits of the poisonous tree*, ela há de ser invocada em toda a sua extensão, inclusive nos seus temperamentos. A Suprema Corte americana, por exemplo, presente o princípio, inscrito na Emenda IV, que tem por objeto "preservar os valores mais caros à uma sociedade livre mediante um equilíbrio justo entre a demanda da sociedade por ordem e segurança pública, de um lado, e, de outro, a necessidade individual de segurança e privacidade", suscitou a doutrina da "causa provável", que, com as Cortes Burger e Rehnquist, foi substituída por "suspeita razoável", ou, mais recentemente, pelo critério de "algum nível mínimo de justificativa objetiva" (*Some minimum level of objective justification*). Com base em tal critério, "a Corte avalia a causa provável com o teste da razoabilidade, padrão necessariamente subjetivo que se compreende entre a mera suspeita e certo conhecimento." ("The Oxford Companion to the Supreme Court", Kermit L. Hall, ed., p. 311/314).

Registrou Holmes, em Silverthorne Lumber Co. V. United States (1920) (40 S. Ct. 182): "A essência da emenda proibindo a obtenção de prova por certo meio é que a prova assim obtida não apenas não poderá ser usada em juízo, mas que não poderá ser usada jamais. É claro que isto não significa que os fatos assim conhecidos tornem-se sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é obtido de uma fonte independentemente, eles podem ser provados como quaisquer outros, ainda que o conhecimento decorrente do erro da (acusação) não possa por esta ser utilizado". A expressão "fruto da árvore envenenada" (*fruit of the poisonous tree*) foi usada pela primeira vez no processo Nardone v. United States (1939), relator o "Justice" Frankfurter (60 S. Ct. 266). A Suprema Corte assegurou à defesa a possibilidade de invalidar prova obtida mediante uso ilegal de grampo; destacou que "não impor um limite no seu inteiro uso indireto (*full indirect use*) seria admitir métodos incompatíveis com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal". Foi esse mesmo precedente, entretanto, que criou a chamada "doutrina da tolerância" (*attenuation doctrine*), com o que, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida ilicitamente, mesmo quando não confirmada por "fonte independente": "o argumento bem posto pode provar uma conexão causal entre a informação obtida ilicitamente e a prova da acusação. É de bom senso, todavia, que tal conexão seja tão atenuada que se tenha dissipado a ilicitude. Em outro precedente, Wong Sun v. United States (83 S. Ct. 407), de 1963, o "Justice" Brennan, da escola liberal de Douglas e Black, afirmou que nem toda prova é "fruto da árvore envenenada" apenas porque "não se tornaria conhecida não fôra uma ação ilegal da polícia. Na verdade, a pergunta adequada é se, presente embora a ilicitude primária do meio de obtenção, a prova só poderia ser obtida por aquele meio ou se, ao invés, poderia ser confirmada por meio suficientemente distinto a ponto de se livrar do erro primário". Assim, no caso, embora o réu Wong Sun tivesse sido preso ilegalmente, sua confissão não decorreu da prisão, mas de depoimento posterior.

O Min. Adhemar Maciel, estudioso do Direito Constitucional norte-americano, sobretudo dos precedentes, nesta área, da Suprema Corte, escreveu, em voto que proferiu no Superior Tribunal de Justiça – HC 3.982-RJ:

"A jurisprudência norte-americana não tem sido unanime em torno da denominada *Exclusionary Rule*, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela "razoabilidade" (*Reasonableness*).

A *Exclusionary Rule* se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional n. IV, que veda buscas e apreensões arbitrárias (*unreasonable searches and seizures*). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no *Seamanyne'ss Case* (1603) e *Entick v. Carrington Case* (1705)

Nos Estados Unidos, no Olmstead Case, de 1928, por votação apertada (5 a 4J, a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (*bootleggers*) não era ilegal, e "o grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (*wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment*). Já em Warden v. Hayden [387 U.S. 294, 304 (1967)] a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora Ada Pellegrini Grinover, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o "Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade" (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).

Finalmente, conspira contra concessão deste *habeas corpus* o fato ressaltado no parecer do ilustre Subprocurador-Geral Claudio Fonteles, no sentido de que "no presente *writ* não houve sequer condenação e a instrução, ao que parece, ainda não foi concluídas". Ora, acrescenta o ilustre parecerista: "durante o regular processamento do feito poderão surgir provas outras que embasem o decreto condenatório do réu, não sendo tais provas consideradas fruits of the poisonous tree. Na verdade, a instrução criminal ainda não está concluída, é o que se verifica dos autos da ação penal em apenso.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Relator e dos Srs. Ministros que o acompanharam, indefiro o *writ*."

No caso, ao que pude apreender do exame que fiz dos autos, não há falar que a prova dos autos é toda ela fruto da árvore venenosa

(...)"

Vamos ao caso ora sob exame.

A ação penal foi instaurada contra PAULO CÉSAR VIEIRA,

VICTOR HUGO RODRIGUES DO ROSÁRIO, JORGE LUIZ GARCEZ MENDONÇA e CRISTOVÃO REIS DA SILVA, todos denunciados como incursos nas penas dos arts. 12, § 2.°, c.c. art. 18, III, da Lei 6.368, de 1976. A sentença condenou Paulo César Vieira, Victor Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcez, absolvendo Cristóvão Reis da Silva.

É certo que a sentença e o acórdão entenderam lícita a prova consistente na escuta telefônica. Mas é certo, também, que a sentença, que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, não se assenta apenas na escuta telefônica.

Com efeito.

Foi deflagrada, relata a denúncia, "no Morro do Dendê uma operação, denominada Pantanal, visando a cumprir mandados judiciais de prisão contra diversos elementos ligados ao tráfico ilícito de entorpecentes, tais como Romildo de Souza Costa, o "Miltinho", José Amarildo de Souza Costa, o "Mailson", Gilvan Orlando dos Santos, o "Alemão", Carlos Alberto Januário Pedro, o "Gordo". Três pessoas foram presas, em flagrante, "na posse ilícita de material entorpecente", e uma centena de outras foram detidas. Do grupo de pessoas detidas, trinta e sete "foram levadas à 37.ª. DP, para maiores investigações, entre elas Josialdo Alves, vulgo "Vidigal", gerente dos paióis de armamento do traficante "Miltinho", sendo todos os detidos apresentados ao Delegado de Plantão, o primeiro denunciado. " O Delegado Paulo César, entretanto, não

obstante terem sido "apontados elementos que trabalhavam no movimento de entorpecente, (...) em união de desígnios com os demais, deixou de tomar providências processuais, quer com relação a flagrante, quer diligenciando pela decretação de prlsão cautelar dos indivíduos, tendo deliberadamente "aliviado" os detidos, deixando de exaurir as investigações sobre os mesmos." (Sentença, apenso 6, f.).

A sentença, às (f.) do apenso 6, para o fim de julgar procedente a ação penal, relativamente aos acusados Paulo César Vieira, Victor Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcez de Mendonça, argumentou:

"Acusado PAULO CESAR VIEIRA

Esse réu, na condição de Delegado de Polícia, tinha como dever checar os antecedentes das pessoas detidas e conduzidas à 37.ª DP; tinha mais o dever de, em sabendo que um dos detidos era apontado como membro do movimento de tráfico, diligenciar no sentido da decretação de prisão temporária, além da instauração de inquérito para apurar a informação.

A liberação de pessoas detidas, contra as quais nada se atestou é um ato que, tomado isoladamente, como o fez a defesa, não merece censura. É até louvável.

Mas as circunstâncias de tempo e lugar, o aparato policial, a detenção de mais de cem pessoas em local do Morro que é freqüentado pelos traficantes, recomendavam cautelas maiores na liberação.

Depois, o fato de a Polinter nada ter atestado contra os detidos, por si só, não os abonavam.

É que a Polinter tem como atribuição, dentre outras, de informar se existe, ou não, algum mandado de prisão expedido e/ou cumprido contra o nome sarqueado ("checado").

A Polinter não é o órgão indicado para apontar antecedentes criminais não formalizados, ou ligações de pessoas com a delinqüência do bairro.

Essa função é da Delegacia de Polícia local que, em alguns lugares, recebe o sugestivo nome de Distrital.

Registre-se, ainda o fato de que o primeiro acusado permaneceu nas imediações da Delegacia, precisamente num bar, por todo o tempo após o seu horário de plantão e, quando da resposta de sarqueamento da Polinter, voltou à Delegacia e cuidou de liberar os detidos.

Não convence a alegação de que assim procedeu porque se comprometera com os familiares dos presos. Não bastasse, esse acusado tem seu nome mencionado em conversas telefônicas, de forma bastante comprometedora.

Numa delas, a 7.ª conversação, um dos interlocutores, pessoa envolvida com o tráfico (fls. 512), diz para o outro ficar tranqüilo quanto ao não espancamento "porque o local que eles tão é junto com o Delegado, o Delegado de Plantão (enfatizou), entendeu?"

Depois, a mesma voz masculina que tenta tranqüilizar quanto ao não – espancamento, afirma "vou tentar vê se eu consigo falá com alguém lá dentro".

Mas adiante (fls. 513), essa mesma pessoa afirma "Mas não quero entrar porque de repente a reportagem e tal". E esclarece "Entendeu? A mulher de algum que me conhece".

Depois, ainda a mesma pessoa, na mesma conversa, conclui "Tá? Mas eu vô, pode deixá que eu vô falar com o Paulo Cesar."

Ora, vê-se que alguém, de dentro da Delegacia de Polícia, bem conhecido do Delegado de Plantão, que receava ser visto por alguma mulher de algum dos detidos, tentava acalmar outro alguém, que se encontrava fora da Delegacia, dizendo-lhe que ficasse tranqüilo pois a pessoa detida encontrava-se em local próxima ao Delegado de Plantão, e encerra a conversa dizendo que vai falar com o Paulo Cesar.

Ora, seria muita coincidência. O Delegado de Plantão vem a ser o Paulo Cesar.

Pelo teor da conversação de fls. 522/523, nota-se que todo o movimento do interior da Delegacia era controlado pelo lado de fora.

O acusado VICTOR HUGO fazia uso de um telefone celular, de dentro da 37.ª Delegacia.

A (f.) fala-se em valor para liberação dos detidos.

Até mesmo a hora aproximada do final do sarqueamento dos detidos já era do conhecimento dos meliantes que se encontravam de fora da Delegacia, como se vê de (f.).

A (f.) tem-se a constatação de que o "VIDIGAL" foi reconhecido e apontado em sede policial. A (f.), há referência a que "o negócio la tá com o repórter". Deve referir-se ao dinheiro.

A verdade é que houve dinheiro na negociação espúria, em razão da qual foi facilitada a liberação das pessoas detidas.

Também é verdade que resultou demonstrado nos autos um interesse incomum do primeiro acusado na liberação pessoal dos detidos, a ponto de uma testemunha, também policial, JORGE FRANCISCO (f.), haver declarado que "depois que o Dr. Cláudio assumiu o plantão, o Dr. Paulo Cesar permaneceu na delegacia até serem liberados todos os detidos, para auxiliar o Dr. Cláudio; que a partir do momento em que o Dr. Cláudio chegou, o Dr. Paulo Cesar estava liberado e poderia ir embora se quisesse.

Por fim, embora tenha afirmado no interrogatório que não liberou quem quer seja e tenha apontado o outro Delegado como responsável pela liberação (f.), essa versão vem desmentida pelo depoimento do policial militar SILVIO MAURICIO, a (f.).

Acusado VICTOR HUGO

Esse réu vem citado por várias vezes nas conversações telefônicas.

Segundo se depreende das provas trazidas aos autos, esse acusado, também policial civil, acompanhado de um elemento conhecido por "ZULU", procedia ao reconhecimento ou identificação dos detidos e, assim, embora tivesse identificado o elemento conhecido por "VIDIGAL", nenhuma providência tomou no sentido de obstar-lhe a liberação.

Não lhe socorre a alegação de que a liberação fica a cargo do Delegado, não lhe competindo diligenciar por prisão temporária, eis que não passa de um simples detetive.

Nada mais equivocado.

Em reconhecendo ou identificando uma pessoa detida, sobre a qual se dizia ser membro do "movimento" do tráfico, tinha esse acusado o dever de aprofundar a averiguação, conduzir o indigitado à presença da autoridade policial alertando-a sobre seus antecedentes.

Aqui vale reprisar o que se disse em relação ao 1.º réu.

O sarqueamento da Polinter não é meio e modo necessario e suficiente para se concluir pelo não envolvimento dos detidos com os traficantes de entorpecentes.

Curioso notar que esse segundo denunciado afirma que contactou um informante para identificar alguns elementos, tendo o informante identificado duas pessoas como sendo membros do "movimento" do Morro do Dendê.

Diz mais que também foi identificado o elemento conhecido por "VIDIGAL". Mas, ainda assim, nenhuma providência tomou pessoalmente ou através do Delegado de Plantão.

Também merece registro o fato de esse acusado, a todo o momento, como o declara a testemunha de fls. 11, ter de atender a telefone celular, enquanto procedia ao trabalho de identificação dos detidos.

Tudo leva à conclusão de que esse acusado vem a ser um dos interlocutores da 7.ª conversação de fls. 511/513, o mesmo que, tentando tranqüilizar alguém de fora, dizia que ia falar com o delegado de plantão, o Paulo Cesar.

Sobre o acusado JORGE L. MENDONÇA

Esse denunciado exercia a função de Chefe do Setor de Investigações Gerais. Ajudou na "checagem" de todos os elementos detidos e encontrava-se presente quando o acusado VICTOR HUGO identificou e apontou a pessoa alcunhada de "VIDIGAL", segundo nos dá conta o testemunho do Detetive de Polícia ouvido a (f.).

O nome desse 3.º réu é mencionado por diversas vezes nas conversas telefônicas, com referência a dinheiro em troca da liberação dos detidos.

Irrelevante a alegação de que a liberação não depende do Chefe do SIG.

É sabida a grande importância desse setor numa Delegacia de Polícia.

Reconhece-se que a simples menção ao nome de um policial, em conversa telefônica, não serve, por si só, para incriminá-lo. Mas, *in casu*, como já dito antes, está-se diante de um fato da maior gravidade, onde pré-existiam indícios de ligação entre policiais da 37.ª DP e traficantes do Bairro. Não se pode perder de vista o conjunto de fatores.

As informações foram confirmadas pelo próprio Corregedor-Geral da Polícia Civil.

Nessas circunstâncias, o teor das conversações vêm corroborar o aludido relacionamento entre agentes da lei e traficantes.

Ficou comprovado, também, que no dia do fato se realizava um churrasco em comemoração ao aniversário do traficante conhecido por "GORDO".

Outra evidência contra esse acusado é o fato de que a liberação, embora ordenada pela autoridade policial, não pode deixar de passar pelo Setor de Investigações Gerais, chefiado pelo 3.º acusado."

A sentença, conforme se viu, baseia-se em indícios e provas outras que não a "escuta telefônica". A sentença foi confirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça, que foi expresso "No mérito, decide a Câmara confirmar a sentença de primeira instância por seus próprios fundamentos, que passam a integrar o presente acórdão, na forma regimental." (f.).

Ora, em sede de habeas corpus não é possível descer ao exame de toda a prova, para o fim de verificar se os indícios e provas outras que não a "escuta telefônica", indicados na sentença, são suficientes para a condenação Tenho como correto, portanto, no ponto, o parecer do MP Federal, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral – Wagner Natal Batista:

"(...)

Quanto à alegação referente à utilização da prova ilícita temos que, apesar de ter esta turma ter esposado o entendimento explicitado na decisão que deferiu a liminar, tem-se que a orientação da Corte sobre esta matéria não é unânime, haja vista que a Primeira Turma vem firmando entendimento contrário, no sentido de que a simples ocorrência da escuta telefônica não tem potencial, por si só, para contaminar toda a ação penal, se existem outras provas, idôneas, a sustentar o decreto condenatório. Neste sentido é o voto condutor do precedente, que citamos (Sessão de 12.11.1996, hc 74530):

(...)" (f.)

Do exposto, com a vênia dos eminentes Mins. Marco Aurélio e Maurício Corrêa, indefiro o *writ*.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Após os votos dos Senhores Mins. Marco Aurélio (Relator) e Maurício Corrêa deferindo o *habeas corpus*, para absolver o paciente, estendendo a decisão aos co-réus Victor-Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcia de Mendonça, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Min. Carlos Velloso. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Nabor Bulhões e, pelo MP Federal, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges. 2.ª Turma, 04.03.1997.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministro Relator e Maurício Corrêa deferindo o *habeas corpus* para absolver o paciente, estendendo a decisão aos co-réus Víctor-Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcia de Mendonça, e do voto do Sr. Min. Carlos Velloso, indeferindo o pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Presidente. 2a. Turma, 22.04.97.

Presidência do Senhor Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Mins. Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles – Carlos Alberto Cantanhede.

VOTO (VISTA) – *O Sr. Min. Néri da Silveira (Presidente):* – Pedi vista dos autos, após os votos dos Srs. Mins. Marco Aurélio, relator, e Maurício Corrêa, que deferiam a súplica, e do voto do Sr. Min. Carlos Velloso, que denegava o *writ*, para verificação, quanto aos fundamentos das decisões condenatórias.

O paciente, Paulo César Vieira, Delegado de Polícia, no Rio de Janeiro, foi denunciado como incurso nos arts. 12, § 2.º, III, e 18, III, ambos da Lei 6368/1976, "porque, agindo em associação, incentivara e difundira o tráfico ilícito de substância entorpecente". As decisões das instâncias ordinárias deram pela procedência da acusação, condenando-o a pena de seis anos de reclusão e multa de oitenta dias, "a ser cumprida integralmente em regime fechado, com a conseqüente perda do cargo e da função pública exercidos". A prisão do paciente sucedeu a 10.06.1995.

Na apelação, invocara o ora paciente "a nulidade da sentença, ao fundamento de ter ocorrido omissão quanto a teses basilares da defesa, relativas à atipicidade dos fatos imputados e à violação do princípio da ampla defesa e do contraditório", sustentando ainda "a inadmissibilidade da prova resultante da interceptação telefônica, por obtida por meio ilícito" pretendendo, em conseqüência, a absolvição. No mérito, reitera este último pedido, afirmando haver agido no estrito cumprimento do dever legal ao ter colaborado na liberação de pessoas detidas para fins de averigüação

contra as quais nada se apurou até hoje (arts. 23, III e V – CP, e 386, III – CPP), inexistindo prova de que assim houvesse procedido em troca de vantagem indevida e muito menos com o fito de contribuir de qualquer forma" "para não ter podido a autoridade policial lavrar o auto de prisão em flagrante em face dos trinta e sete (37) averigüandos" (f.). Sumariam-se, no relatório do aresto, outros aspectos da apelação, inclusive quanto à prova resultante da escuta telefônica e à degravação (f.).

Ao confirmar a sentença, o acórdão assentou (f.), após recusar as preliminares em folhas anteriores, *verbis*:

"No mérito, decide a Câmara confirmar a sentença de primeira instância por seus próprios fundamentos, que passam a integrar o presente acórdão, na forma regimental.

O exame cuidadoso dos autos leva a mais absoluta convicção da culpabilidade do Delegado de Polícia Paulo Cesar Vieira e dos policiais Victor Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcez Mendonça. A Secretaria do Estado de Polícia já suspeitava do envolvimento de policiais lotados na 37.ª Delegacia Policial com o tráfico organizado de tóxicos, segundo esclareceu a testemunha Dr. Luiz Gonzaga, então Corregedor-Geral de Polícia Civil. Daí o pedido de autorização judicial para a escuta telefônica, atualmente já regulada pela Lei 9.296/96.

O envolvimento pessoal do Delegado Paulo Cesar Vieira está mais que provado. Seu nome não só é mencionado na impugnada gravação como, demonstrando sua cumplicidade, liberou de pronto trinta e sete detidos, entre os quais o notório Josualdo Alves, vulgo Vidigal, auxiliar direto do não menos notório Miltinho, senhor absoluto do Morro do Dendê. E mais, esgotado seu período de plantão, permaneceu em um bar próximo e apressou-se a retornar para apressar a liberação dos detidos. Para tal conclusão, basta a leitura dos depoimentos de (f.).

A culpabilidade dos apelantes Victor Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Mendonça também está mais que provada, ainda que se despreze o conteúdo das gravações. O policial Victor Hugo, então de serviço na Delegacia, reconheceu Vidigal entre os detidos e não tomou qualquer providência. Seu interrogatório à (f.) é bastante expressivo, pois afirma, textualmente, "que a certa altura Zulu identificou o elemento que atende pela alcunha de Vidigal, sendo que este reconhecimento se tornou público no local".. Em sua apelação, ele sustenta o seguinte, também textualmente:

"Logo, uma Autoridade Policial tomou ciência da situação do delito. Ao apelante, obviamente não caberia imiscuir-se em assunto que só ao Delegado dizia respeito.

Soa, portanto, profundamente injusto, senão absurdo, imputar-se ao apelante o gravíssimo crime capitulado na denúncia, por não ter ele tomado em suas mãos uma responsabilidade que tocava à Autoridade Policial."

Segundo sua ótica, a responsabilidade seria apenas do primeiro apelante, mas a instrução comprovou que não houve apenas omissão de sua parte. Ele, a todo momento, falava em telefone celular que portava, certamente participando das tratativas para os tristes acontecimentos descritos na denúncia.

O mesmo pode ser considerado em relação ao réu Jorge Mendonça, então Chefe do Setor de Investigações Gerais. Segundo se vê do depoimento de (f.), estava presente quando Vidigal foi identificado e nada providenciou. Seu nome consta das gravações, detalhe que isoladamente não fundamentaria a condenação, mas cuja importancia não se pode desprezar.

O exame atento dos sete volumes deste processo, com mais de 1300 folhas, acarreta a dolorosa convicção que vários componentes da 37.ª Delegacia Policial estavam associados a traficantes de entorpecentes. Assim, a sentença de primeira instância bem decidiu e merece confirmação."

Dessa maneira, resulta a condenação não apenas da prova constante da gravação concernente à escuta telefônica, mas de todo o conjunto probatório, com expressa menção à prova testemunhal de (f.). Afirmou o acórdão que o envolvimento do paciente "está mais que provado", explicitando, qual se observou da transcrição supra de parte do acórdão, que seu nome não só é mencionado na impugnada gravação "como, demonstrando sua cumplicidade, liberou de pronto trinta e sete detidos, entre os quais o notório Josualdo Alves, vulgo Vidigal, auxiliar direto do não menos notório Miltinho, senhor absoluto do Morro do Dendê".

Com a devida vênia, as decisões condenatórias não tiveram apoio tão-só na prova resultante da degravação da escuta telefônica, mas levaram

em conta todo o conjunto de novos elementos fáticos e probatórios, inclusive a grave circunstância de o pacience, consoante reconheceram as decisões de ambos os graus, haver liberado "de pronto" trinta e sete detidos. Nisso os julgados viram seu profundo envolvimento nos ilícitos e demonstrada a cumplicidade.

Na cabe, em *habeas corpus*, rediscutir esses aspectos da prova e tais fundamentos com base em fatos, que sentença e acórdão ponderaram, para a formulação do juízo definitivo condenatório. Não compreendo, a partir daí, se possa anular processo de tal complexidade, porque, dentre as provas, há uma tida por ilícita, pois, mesmo desconsiderada, sobejam elementos de convicção ao julgador. É de registrar, ainda, a referência do acórdão, na discussão dos fundamentos do recurso dos réus, ao que está às (f.):

"Ora, tendo as defesas desistido do exame comparativo de vozes e se pronunciado exaustivamente sobre o laudo documentoscópio – de degravação (f.) – força é convir que não há que se falar em cerceamento de defesa e, muito menos, em desrespeito ao princípio do contraditório.

De outra parte, a mera referência feita pelo julgador, às (f.), de que "tudo leva à conclusão de que esse acusado – o segundo apelante – vem a ser um dos interlocutores da 7.ª conversação de (f.)", não se constitui em suporte único do juízo de censura, não se podendo aceitar, portanto, a infundada assertiva de que ocorreu "ausência de fundamentação".

E, noutro passo, a evidenciar que a prova considerada não da escuta telefônica, o acórdão anotou (f.):

"A culpabilidade dos apelantes Victor Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Mendonça também está mais que provada ainda que se despreze o conteúdo das gravações."

Está na sentença, a espancar qualquer dúvida quanto à consideração de provas autônomas, relativamente ao juízo de procedência da denúncia contra o paciente, este passo, às (f.), apenso 6, *verbis*:

"A verdade é que houve dinheiro na negociação espúria, em razão da qual foi facilitada a liberação das pessoas detidas.

Também é verdade que resultou demonstrado nos autos um interesse incomum do primeiro acusado na liberação pessoal dos detidos, a ponto de uma testemunha, também policial, JORGE FRANCISCO (f.), haver declarado que "depois que o Dr. Cláudio assumiu o plantão, o Dr. Paulo Cesar permaneceu na delegacia até serem liberados todos os detidos, para auxiliar o Dr. Cláudio; que a partir do momento em que o Dr. Cláudio chegou, o Dr. Paulo Cesar estava liberado e poderia ir embora se quisesse".

Por fim, embora tenha afirmado no interrogatório que não liberou quem quer seja e tenha apontado o outro Delegado como responsável pela liberação (fls. 159), essa versão vem desmentida pelo depoimento do policial militar SILVIO MAURÍCIO, a (.)."

Do exposto, na linha de votos que tenho proferido sobre a matéria, quando se invoca a existência de prova ilícita, que também não considero, diante dos termos do art. 5.º, LVI, da Constituição, certo é, na espécie, que existem provas autônomas, as quais as decisões condenatórias invocaram, explicitamente, asseverando, inclusive, que eram independentes da escuta telefônica. Não cabe, em habeas corpus, rediscutí-las.

Peço vênia aos Senhores Ministro Relator e Maurício Corrêa, para não anular este processo complexo e volumoso, pelo fundamento de S.Exas.. Acompanho o voto do ilustre Min. Carlos Velloso e indefiro o *habeas corpus*, não podendo considerar inexistente justa causa para a condenação como se postula na inicial.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Após os votos dos Senhores Mins. Marco Aurélio (Relator) e Maurício Corrêa deferindo o habeas corpus, para absolver o paciente, estendendo a decisão aos co-réus Victor-Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcia de Mendonça, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Min. Carlos Velloso. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Nabor Bulhões e, pelo MP Federal, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges. 2.ª Turma, 04.03.1997.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministro Relator e Maurício Corrêa deferindo o habeas corpus para absolver o paciente, estendendo a decisão aos co-réus Víctor-Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcia de Mendonça, e do voto do Senhor Min. Carlos Velloso, indeferindo o pedido, o julgamento

foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Presidente. 2.ª Turma, 22.04.1997.

Decisão: Por empate na votação, deferiu-se o habeas corpus para absolver o paciente Paulo César Vieira, estendendo-se a decisão aos coréus Victor-Hugo Rodrigues do Rosário e Jorge Luiz Garcia de Mendonca, vencidos os Senhores Mins. Carlos Velloso e o Presidente que indeferiam o *habeas corpus*. 06.05.1997.

Presidência do Senhor Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Mins. Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Min. Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral de República, o Dr. Mardem Costa Pinto.

Carlos Alberto Cantanhede, Secretário.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.3 Jurisprudência Recente

EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO – TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

Ementa: Competência – Habeas-corpus – Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Prisão – Sentença condenatória – Trânsito em julgado. Havendo na sentença a condição de somente expedir-se o mandado de prisão uma vez trânsita em julgado, dessa parte não recorrendo o Ministério Público, por sinal em exemplar homenagem ao princípio da presunção da – não-culpabilidade – inciso LVII do artigo 5.º da Constituição Federal – exsurge conflitante com a ordem jurídico-constitucional, a mais não poder, provimento de órgão revisor no sentido da imediata expedição de tal documento.

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 maioria de votos, em deferir o habeas-corpus para que não seja expedido o mandado de prisão até o trânsito em julgado da sentença condenatória nos termos decididos em primeiro grau sem recurso do Ministério Público, vencido o Ministro Relator que indeferia o habeas-corpus.

Brasília, 9 de maio de 1995.

Néri da Silveira, Presidente – Marco Aurélio, redator p/o acórdão.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso:* Trata-se de *habeas-corpus* impetrado em favor de JOSÉ ADAIR TESTA, com a alegação de que o paciente está preso, em cumprimento da pena de cinco anos, seis meses e vinte e cinco dias de reclusão, que lhe foi imposta pelo Juízo de Direito da Comarca de Cardoso-SP, mas sua prisão é ilegal, pois o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando provimento parcial ao recurso de apelação por ele interposto, reduziu as penas impostas pelo Juízo de primeiro grau e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente, o que considera irregular, pois a sentença deixou expresso que o réu, por ser primário e ter bons antecedentes, poderia recorrer em liberdade.

Relata o impetrante que o paciente foi condenado em primeira instância a quinze anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, como incurso nos arts. 288, 317, parágrafo único, e 171, caput, combinados com os arts. 29, 69 e 71, todos do Código Penal.

Inconformado, apelou ao Tribunal de Justiça, que reformou a sentença, reduzindo a pena a cinco anos, seis meses e vinte e cinco dias de reclusão e determinou, como disse, a expedição, incontinente, do mandado de prisão.

Sustenta o impetrante que a prisão do paciente é ilegal, já que a sentença decidiu pela expedição do mandado de prisão somente após o trânsito em julgado da decisão. Dessa maneira, como não houve recurso da acusação, a ordem de prisão emanada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo caracteriza constrangimento ilegal, em decorrência da *reformatio in pejus*.

Pede, por isso, a concessão de medida liminar para suspender, até o julgamento deste *habeas corpus*, o mandado de prisão, determinando, em conseqüência, a expedicão de alvará de soltura.

Negada a medida liminar (fl. 65), foram requisitadas informações, que foram prestadas

pelo eminente 2.º vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com os seguintes esclarecimentos:

"O paciente, Antônio Carlos Facincani (falecido), Geraldo Vilela dos Santos, Sebastião José Gonçalves, Antônio de Pádua Ricardo de Paula e João Vilela Queiroz foram denunciados perante o Juízo de Direito da Comarca de Cardoso, deste Estado, nos autos de ação penal 292/85, como incursos nos artigos 180, caput, 288, *caput*, 333, par. ún., 317, §§ 12 e 29, 299, par. ún., 297 e 304, c.c. os arts. 29, §§ 1.º e 2.º, e 69, caput, todos do Código Penal. Julgada procedente em parte a ação penal, restou o paciente condenado às penas de quinze anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, e setecentos e quarenta dias-multa, com direito a recurso a liberdade, sendo dois anos e seis meses de reclusão pelo bando ou quadrilha, seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e duzentos e oitenta dias-multa pelos crimes de corrupção passiva (em continuidade), quatro anos e oito meses de reclusão e duzentos e oitenta dias-multa pelos delitos de falsidade ideológica (também em continuidade) e dois anos e seis meses de reclusão e cento e oitenta dias-multa pelo estelionato. Foi decretada a perda do cargo (o paciente era escrivão de polícia), com fundamento no art. 92, inciso I, do Código Penal. O paciente apelou e a Egrégia Segunda Câmara Criminal deste Tribunal, rejeitada a matéria preliminar, proveu em parte o recurso para absolvê-lo dos crimes de corrupção passiva, decretar-lhe extinta a punibilidade quanto ao estelionato e reduzir as penas dos delitos de bando ou quadrilha e falsidade ideológica para, respectivamente, dois anos e dois meses de reclusão e três anos, quatro meses e vinte e cinco dias de reclusão e sessenta dias-multa, totalizando cinco anos, seis meses e vinte e cinco dias de reclusão, mantidos o regime fechado e a perda do cargo. A Douta Turma Julgadora determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente, cujo cumprimento não está noticiado nos autos. A Defesa interpôs recurso extraordinário e recurso especial contra o acórdão, os quais estão em fase de processamento.

O impetrante sustenta a existência de constrangimento ilegal em razão da Egrégia Câmara ter determinado a expedição de mandado de prisão contra o paciente antes do trânsito em julgado da condenação. Porém, salvo melhor Juízo, não lhe assiste razão, pois, a respeito do assunto, já decidiu essa Colenda Corte de Justiça que "de acordo com o § 2.º do art. 27, da Lei 8.03/90, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu" (Pleno, HC 68.726-1/DF, rel. Min. Néri da Silveira, DJU 20.11.92, p. 21.612)." (f.).

Oficiando às (f.), pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz da Nóbrega, o Ministério Público Federal opina pelo indeferimento do writ, por entender que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao ordenar a prisão do réu, não cometeu qualquer ilegalidade, pois os recursos subseqüentes ao acórdão – RE e REsp – em processamento não teriam efeito suspensivo, permitindo, pois, a execução provisória da condenação", conforme pacífica jurisprudência do STF.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO) – *O Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso (relator):* Condenado em primeira instância, o paciente apelou ao Tribunal de Justiça, que reformou a sentença para reduzir a pena privativa de liberdade, determinando, todavia, a expedição de mandado de prisão contra o paciente, que recorrera em liberdade, conforme lhe facultava a sentença.

Pede-se a concessão da ordem, ao argumento de que a expedição do mandado de prisão pelo Tribunal de Justiça, contra o paciente, caracteriza constrangimento ilegal, em razão da *reformatio In pejus* dado que a sentença decidira que o mandado de prisão só seria expedido após o transito em julgado da decisão.

Não tem razão o impetrante.

Como acentuou o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz da Nóbrega, a decisão de primeiro grau, ao estender "a garantia de liberdade a momento posterior ao julgado da apelação, quando o réu já estava sujeito à jurisdição do Tribunal..." é inócua, de nenhum valor.

Por outro lado, não se reveste de ilegalidade o ato do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao determinar a prisão do paci-

ente, eis que os recursos interpostos pelo paciente contra o acórdão do Tribunal – RE e Resp –, ainda pendentes de julgamento, porque despidos de efeito suspensivo, não impedem a execução da sentença.

Essa é a orientação da jurisprudência da Casa, de que é exemplo, *inter plures*, o HC 68.968-MG, Relator Ministro Paulo Brossard, recebendo o acórdão a seguinte ementa:

"*Habeas corpus*. Decisão condenatória de Tribunal Estadual em única instância. Efeito do recurso. Direito de recorrer em liberdade.

Contra decisão condenatória, proferida em única instância por Tribunal estadual cabe, apenas, recurso de índole extraordinária especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado.

Habeas corpus indeferido." (RTJ 141/523).

Nesse mesmo sentido, os acórdãos cujas ementas são abaixo transcritas:

"Ementa: – Julgamento de Prefeito Municipal. Efeito imediato da competência originária conferida, pelo art. 29, VIII, da Constituição de 1988, ao Tribunal de Justiça, perante o qual veio a ser regularizada a posição processual do MP.

A possibilidade da interposição de recurso sem efeito suspensivo (especial ou extraordinário) não impede a expedição de mandado de prisão.

Pedido deferido, em parte, para, que, mantida a condenação, outro acórdão seja prolatado, com fundamentação suficiente à fixação da pena, recolhido, por esse motivo, o mandado de prisão." (HC 69.605-RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, "DJ" 04.12.92).

"Ementa: I. Prisão preventiva: impugnação superada dada a superveniência de sentença condenatória e de decisão de segundo grau que a confirmou, sujeita a última apenas a recurso extraordinário ou especial, o que segundo se firmou na jurisprudência do STF (v.g. HC 68.728, Plen., 28.06.91, Néri da Silveira, Lex 170/358; HC 69.605, 1.ª Turma, 16.10.92, Gallotti, Lex 173/383; HC 68.968, 2.ª Turma, 11.02.92, Brossard, RTJ 141;523) – contra o voto do relator –, autoriza, por si só, a prisão imediata do acusado, independentemente da demonstração da sua necessidade cautelar. II. – A prisão do condenado por decisão sujeita a recurso extraordinário ou especial, apenas porque despidos de efeito suspensivo, não tendo, por isso, natureza cautelar, configura execução provisória da condenação, o que basta para inviabilizar a fiança." (HC 70.798-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, "DJ" 06.05.94).

Do exposto, indefiro o *writ*.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio:* Senhor Presidente, peço vênia ao nobre Ministro-Relator para assentar, tendo em conta o relatório feito por Sua Excelência, que a prisão do Paciente, apenas quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, ficou devidamente consignada na sentença. O MP, por isto ou por aquilo, não a impugnou. Não era dado ao Tribunal, de ofício, reformar essa parte da sentença, determinando a expedição imediata do mandado de prisão. Em um caso idêntico, por mim relatado na Turma e que envolveu o cidadão Ivo Noal, concluiu-se no sentido da concessão da ordem. Vou repetir a premissa deste meu voto: a sentença condicionou a expedição do mandado de prisão e o cumprimento respectivo ao trânsito em julgado, restando coberta pelo manto da preclusão, porque não houve recurso do MP atacando-a nessa parte. O Colegiado confirmou-a parcialmente, creio – mas determinou, julgando de ofício a matéria, a expedição imediata do mandado de prisão. Perdoem-me o nobre Relator e os Ministros que o acompanharam – Maurício Corrêa e Francisco Rezek – o ato de constrangimento salta aos olhos.

Já se disse aqui, nesta mesma assentada, que o direito não socorre aos que dormem. Incumbia ao Ministério

Público interpor o recurso. Não o fez. A matéria precluiu e o Colegiado revisor não poderia reapreciá-la, tendo em vista quer o recurso da acusação, que versou sobre tema diverso, quer, muito menos, o recurso da defesa.

Peço vênia, portanto, para conceder a ordem.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Néri da Silveira (Presidente):* Também peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para deferir o *habeas corpus*. Penso que, no caso concreto, não havendo o Ministério Público recorrido dessa parte da sentença, não seria possível, ao Tribunal, reforma-la de ofício, porque implicaria *reformatio in pejus*, prejudicando o que o juiz assegurara ao acusado.

Releva, ademais, observar que a posição adotada pelo juiz encontra amparo em uma parte da doutrina que entende não ser possível a prisão do acusado senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não é esta, no Supremo Tribunal Federal, a posição majoritária, mas, inclusive, há votos que a sustentam. Assim sendo, o juiz, em decidindo, seguiu uma corrente que tem apoio em nossa doutrina.

Defiro o *habeas corpus*.

EXTRATO DE ATA – Decisão: Por maioria, a Turma deferiu o habeas corpus para que não seja expedido o mandado de prisão, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos decididos em primeiro grau, sem recurso do Ministério Público, vencido o Ministro Relator, que indeferia o habeas corpus. 2.ª Turma 09.05.1995.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Carlos Alberto Cantanhede,

Secretário.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.4 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

1 – DIREITO PENAL

Parte Geral

1.1 – Fixação da pena. Regime inicial. A omissão do estabelecimento do regime inicial não acarreta a nulidade da sentença. A competência para suprir a omissão é do juízo do conhecimento, e não do STF ou do Tribunal da apelação ou do Juízo da Execução.

1.2 – Fixação da pena. Regime inicial. Cabe ao juiz monocrático impor o regime inicial de cumprimento de pena, e não ao Tribunal *a quo* ou ao STF.

1.3 – Regime semi-aberto. Descumprimento de acórdão. Tribunal que, ao julgar *habeas corpus,* decide que o paciente já pode beneficiar-se do regime semi-aberto, mesmo antes do julgamento da apelação, por ter a sentença que assim decidiu transitada em julgado para a a acusação. Não pode o juiz monocrático, depois de determinar o cumprimento do acórdão, reconsiderar o despacho e manter o réu em regime fechado.

Parte Especial

1.4 – Circulação de moeda falsa (CP, art. 289, §1.º). Ausência de provas do conhecimento da falsidade pelo acusado. Dolo não configurado.

1.5 – Contrabando e descaminho (CP, art. 334). A internação de peças de computador, de valor igual a dois mil dólares, sem pagamento de impostos, é conduta típica do art. 334 do CP.

1.6 – Desobediência (CP, art. 330). Desatendimento à notificação judicial. A alegada ausência de dolo é objeto da instrução criminal. Consumação que não se vincula à sorte do processo.

1.7 – Desobediência (CP, art. 330). Sujeito ativo que é servidor público. O não cumprimento de decisão judicial, relativa a órgão da administração, no qual desempenhe suas atividades, não configura o crime do art. 330 do CP.

1.8 – Exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345). Auto-tutela de direitos privados. Fato que, se configurado, exclui o crime. A eficácia de sentença civil transitada em julgado sobre questão prejudicial heterogênea, não depende de que, para aguardá-la, tenha havido suspensão do procedimento criminal.

1.9 – Falso testemunho (CP, art. 342). Advogado que induz testemunha a mentir pratica o crime de falso testemunho. Precedentes recentes do STF.

1.10 – Furto (CP, art. 155). Consumação e tentativa. Predominância do conceito de persistir a tentativa quando a vítima ainda dispuser da disponibilidade da coisa, ou seja, o agente não a houver incorporado ao seu patrimônio.

1.11 – Prevaricação (CP, art. 319). A inexistência de norma legal que imponha o acatamento de requisição, por parte de Procurador da República, de servidores para prestarem serviços em inquérito civil, torna a conduta atípica. Providência que não se encaixa na Lei Complementar 75/93.

2 – DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 – Apelação em liberdade. Se o réu for primário e de bons antecedentes, não poderá o juiz exigir que se recolha à prisão para admitir a apelação. Mesmo que não seja primário ou

não tenha bons antecedentes, poderá apelar solto, salvo se sua prisão for necessária, decidindo o juiz fundamentadamente. Se estiver preso, assim continuará, salvo se a prisão não for mais necessária.

2.2 – Apelação. Prazo. O início da contagem do prazo é após a intimação tanto do réu quanto do defensor pessoalmente. Renúncia ao direito de apelar pelo advogado. Não produz efeito se apresentada antes da intimação pessoal do réu. Princípio da ampla defesa.

2.3 – Assistente do Ministério Público. Apelação supletiva do ofendido contra sentença condenatória. É induvidoso o cabimento quando se questiona a própria mudança da infração penal pela qual condenado o agente, com patente alteração das conseqüências da condenação.

2.4 – Audiência. Réu preso. Não basta sua simples intimação para a audiência, devendo ser requisitado.

2.5 – Carta precatória. Expedição que não suspende a instrução criminal. Findo o prazo marcado, o julgamento pode ser realizado. Inteligência do art. 222, §§ 1.º e 2.º do CPP.

2.6 – Carta Precatória. Tendo o advogado sido intimado de sua expedição, é dispensável a requisição de réu preso para acompanhar, no juízo deprecado, a oitiva das testemunhas. Igualmente desnecessária nova intimação do réu e de seu defensor quanto à data designada para inquirição.

2.7 – Competência. Conexão de crimes. Competente é o juiz do local onde ocorreu o delito mais severamente apenado. Art. 78, II, *a*, CPP.

2.8 – Competência. Delito de falsidade ideológica praticado em pedido de aposentadoria junto ao INSS. Competência da Justiça Estadual, pois o pedido somente foi apresentado perante o Sindicato Rural.

2.9 – Competência. Justiça Militar x Comum. O fato de o réu ser policial militar, por si só, não gera competência da Justiça Castrense. Para tanto, são necessários outros requisitos.

2.10 – Competência. Tráfico internacional de entorpecentes praticado em município que não é sede de Vara da Justiça Federal. Competência da Justiça Estadual. Art. 27 da Lei 6.368/76 recepcionado pela CR/88.

2.11 – Denúncia coletiva. Rejeição. Não se pode relegar para a instrução criminal a individualização dos comportamentos delituosos.

2.12 – Denúncia. Inépcia. Crime de prevaricação. É inepta a inicial que não especifica o interesse ou sentimento pessoal com que teria agido o agente.

2.13 – Denúncia. O recebimento de denúncia que classifica a conduta do acusado em tipo penal estranho ao auto de prisão em flagrante e à decisão denegatória de liberdade provisória, demonstra a inexistência da materialidade e de indícios de autoria. *Habeas corpus* concedido.

2.14 – Embargos Infringentes. Prisão. Ao contrário do que ocorre na pronúncia e na apelação, não se decreta a prisão do réu se cabem embargos infringentes contra decisão majoritária a ele desfavorável em 2.ª instância.

2.15 – Fiança. Constitui direito público subjetivo do indiciado, devendo ser deferida quando sua situação não estiver excepcionada em nenhuma das excludentes do nosso ordenamento.

2.16 – Fiança. Quando cabível, pode ser prestada a qualquer tempo, desde que não transitada em julgado sentença penal condenatória (CPP, art. 334). Inexistência de efeito suspensivo dos recursos eventualmente cabíveis. Irrelevância.

2.17 – *Habeas corpus*. Competência. É do STF a competência para julgar todo e qualquer *habeas corpus* dirigido contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior. Decisão não unânime.

2.18 – *Habeas corpus*. Competência. Se o *habeas corpus* é substitutivo de recurso ordinário, a competência para julgá-lo é do STJ.

2.19 – *Habeas corpus*. Indiciamento policial. Ausência de justa causa. Pacientes que não praticaram nenhuma ação no episódio. Ordem concedida.

2.20 – *Habeas corpus*. Inexistência de prova quanto à ausência de dolo. Fato que não impede a concessão da ordem por outro motivo, *v.g.*, a inépcia da denúncia.

2.21 – Inquérito policial. Trancamento por via do *habeas corpus*. Não cabe quando ausentes quaisquer elementos que permitam concluir pela atipicidade do fato.

2.22 – Mandado de segurança. Impetração por órgão do MP contra decisão favorável ao

réu. Hipótese em que é obrigatória a intervenção deste como litisconsorte. *Habeas corpus* concedido para anular o processo de mandado de segurança.

2.23 – Nulidade. Falta de realização de exame pericial de dependência toxicológica. Não há nulidade se outros elementos de convicção justificarem a sua dispensa. O momento para sua realização é logo após a declaração do réu de que é dependente. Nulidade que deve ser argüida no prazo do art. 571, II, do CPP, sob pena de preclusão.

2.24 – Prisão provisória. Excesso de prazo configurado. Relaxamento da prisão em flagrante. Ordem concedida.

2.25 – Prisão provisória. Liberdade provisória. A decisão que a nega deve estar fundamentada em elementos concretos da necessidade de manter, em cárcere, o acusado.

2.26 – Prisão provisória. Prisão Preventiva. Necessidade de fundamentação. Art. 93, IX, CR/88. A mera indicação da gravidade do fato não autoriza a custódia preventiva.

2.27 – Prisão temporária. Não se trata de medida compulsória a ser decretada obrigatoriamente pelo juiz, devendo o despacho ser devidamente fundamentado.

2.28 – Prova. Gravação telefônica feita por terceiro, autorizada por um dos interlocutores, para o fim de provar excludente da antijuridicidade (legítima defesa). Licitude da gravação. Não ocorrência de violação da intimidade (art. 5.°, X, da CR/88).

2.29 – Prova. Interceptação telefônica e gravação de negociações entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento destes. Licitude da prova.

2.30 – Prova. Interrogatório de co-réu. Para valer como prova contra outro co-réu, tem de ser tomado como se fosse testemunhal.

2.31 – Recurso "ex officio". Denominação que é imprópria. Não revogação pela CR/88, art. 129, I. Não se trata de recurso em sentido próprio e técnico, mas indicação de que a decisão deverá ser submetida a duplo grau de jurisdição.

2.32 – Recurso especial. O §1.° do art. 615 do CPP, que concede a decisão mais favorável ao réu no caso de empate na votação, aplica-se apenas ao recurso em sentido estrito, à apelação e aos embargos infringentes e de nulidade, excluídos os recursos extraordinário e especial. Inconstitucionalidade da expressão "absoluta dos seus membros" contida no art. 181, *caput*, do RISTJ.

2.33 – Recurso Especial. Possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova. Precedentes. Questão federal susceptível de conhecimento em sede de recurso especial.

2.34 – Recurso. Tempestividade. Pode ser interposto por termo subscrito pelo réu, viabilizando a apresentação das razões junto ao órgão revisor. Inteligência do § 4.° do art. 600 do CPP.

3 – LEIS EXTRAVAGANTES

Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)

3.1 – O princípio constitucional da autonomia entre os órgãos do Poder exime a Administração Estadual de atender ordem de Procurador da República, mais ainda em se tratando de requisição de servidores para prestarem serviços em inquérito civil. Não configuração do crime do art. 10 da Lei 7.347/85, nem do crime de prevaricação (CP, art.319).

Fauna (Lei 5.197/67, alterada pela Lei 7.653/88)

3.2 – A ação de manter em cativeiro espécimes da fauna não é conduta típica das Leis 5.197/67 e 7.653/88.

3.3 – A ação de manter em cativeiro espécimes da fauna não é conduta típica, mas simples infração administrativa. A conduta "utilizar" prevista no art. 1.° da Lei 5.197/67 pressupõe que o agente tire proveito dos animais, sobretudo proveito econômico.

Falência (Decreto-lei 7.661/45)

3.4 – A expressão "qualquer pessoa", contida no art. 189, I, do Decreto-lei 7.661/45, não inclui o síndico da massa falida. Quanto a ele, o crime é de apropriação indébita (CP, art. 168, § 1.°, II).

Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)

3.5 – Apelação em liberdade. Tráfico internacional de entorpecentes. Exegese do art. 35 da Lei Antitóxicos e do art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90 . O réu poderá ou não apelar em liberdade. Decisão que deve ser fundamentada, conforme o art. 93, IX, da CR/88. Ausência de motivos para a prisão cautelar.

3.6 – Excesso de prazo. Prisão em flagrante. Art. 1.º da Lei 8.072/90 que deu nova redação ao parágrafo único do art. 35 da Lei Antitóxicos. Contagem do prazo em dobro nas infrações aos arts. 12, 13 e 14. Assim, o término da instrução criminal deve dar-se em 76 dias.

Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)

3.7 – Representação do ofendido. Arts. 88 e 91. Crime de lesão corporal culposa. Aplicação a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às leis codificadas – Código Penal e Código Penal Militar – ou às extravagantes, de qualquer natureza.

3.8 – Representação do ofendido. Arts. 88 e 91. Mesmo já havendo sentença condenatória não transitada em julgado, a vítima deve ser intimada para oferecer ou não a representação no prazo de 30 dias. Não se aplicam aqui os fundamentos da irretroatividade do instituto da suspensão condicional do processo.

3.9 – Suspensão condicional do processo. Art. 89. Paciente indiciado em um único inquérito policial. Fato que não impossibilita a suspensão.

3.10 – Suspensão condicional do processo. Art. 89. Se a sentença é anterior à vigência da Lei 9.099/95, o condenado não tem direito à suspensão.

Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei 8.137/90)

3.11 – Ação penal. Procedibilidade e extinção da punibilidade. A ação penal independe da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, mas a instauração deste é indispensável para comprovar a glosa da dedução tida como indevida. Pago o tributo tão logo notificado o contribuinte, extingue-se a punibilidade nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, mesmo que o pagamento tenha se dado depois do recebimento da denúncia.

3.12 – Condição de procedibilidade e extinção da punibilidade. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não gera condição de procedibilidade. Precedente. Os TDAs oferecidos como garantia na instância administrativa não constituem pagamento para efeito de extinção da punibilidade.

3.13 – Condição de procedibilidade. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não gera condição de procedibilidade. Representação que não se confunde com a do ofendido nas ações penais públicas condicionadas, prevista no art. 24 do CPP.

3.14 – Condição de procedibilidade. Questão prejudicial. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não constitui condição de procedibilidade da ação penal. Possuindo elementos relativos suficientes da autoria e prática delitivas, pode o *Parquet* promovê-la. Processo administrativo pendente que não configura questão prejudicial (arts. 92, 93 e 94 do CPP).

3.15 – Extinção da punibilidade pelo pagamento. Art. 34 da Lei 9.249/95. Só ocorre quando o pagamento é integral e precede o recebimento da denúncia.

Previdência Social (Leis 8.212/91 e 8.137/90)

3.16 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). A notificação prévia do denunciado para, em quinze dias, efetuar o pagamento, é admissível.

3.17 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei.8.212/91, art. 95, *d*). Alegação de má situação financeira da empresa. O ônus da prova é do acusado.

3.18 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Competência da Justiça Comum Estadual, pois a infração não repercutiu diretamente em interesses da Previdência Social. Inteligência do art. 109, IV, da CR/88.

3.19 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Não descrição do fato criminoso. Inépcia da

denúncia configurada. A condição de sócio majoritário da empresa devedora de tributo, por si só, não basta para que seja processado criminalmente.

3.20 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Evidenciada a penúria do empresário, aplica-se o princípio da inexigibilidade de conduta diversa. Responsabilidade penal que é pessoal, não podendo ser imputada a sócios que outorgam procuração a outro sócio para que exerça a gerência da empresa.

Segurança Nacional (Lei 7.170/83)

3.21 – Porte de armas de uso privativo das Forças Armadas. Inexistência de conotação política. Não configuração do crime. Hipótese de contravenção penal.

Suspensão do processo e da prescrição (Lei 9.271/96; alteração do art. 366 do CPP)

3.22 – Retroatividade. A suspensão deve ser determinada mesmo que a instrução já tenha sido concluída. Todavia, se já foi ultrapassado o momento das alegações finais, o processo não deverá mais ser suspenso. Da decisão que ordena a suspensão, oponível será a apelação.

Solo Urbano (Lei 6.766/79)

3.23 – Loteamento irregular. Art. 50 da Lei 6.766/79. Município já imitido liminarmente na posse da área, para esse fim, em processo de desapropriação. Ausência de crime. A prévia aquisição do domínio do imóvel e do registro do loteamento, em tal caso, é inexigível.

3.24 – Loteamento irregular. O delito do art. 50, parágrafo único, I, da Lei 6.766/79 é crime único. Continuidade delitiva que não se admite, pois as condutas se referem a um mesmo desmembramento irregular.

Tóxicos (Lei 6.368/76)

3.25 – Associação. Causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos. A associação mencionada neste dispositivo é o concurso eventual de pessoas, sem a intenção de criar uma sociedade para a prática de crimes. Decisão não unânime.

3.26 – Tráfico internacional. Importação de "lança-perfume" da Argentina. Não configuração. Ocorrência do crime do art. 334 do CP.

EMENTAS

1 – DIREITO PENAL

Parte Geral

1.1 – Fixação da pena. Regime inicial. A omissão do estabelecimento do regime inicial não acarreta a nulidade da sentença. A competência para suprir a omissão é do Juízo do conhecimento, e não do STF ou do Tribunal da apelação ou do Juízo da Execução.

• "Ementa: Omissão do estabelecimento do regime inicial da condenação não acarreta a nulidade da sentença, nem comporta a fixação desse regime diretamente pelo Supremo Tribunal, em *habeas corpus*.

Competência do Juízo de conhecimento – não do Tribunal de apelação, tampouco do Juízo da Execução – para suprir a omissão. Pedido deferido em parte, a fim de, mantida a condenação, serem os autos remetidos à Vara Criminal da Condenação, para que ali se complete a sentença."

STF, 1.ª T – HC 75.211-0 – rel. Min. Octávio Galloti – j. 19.08.97, v.u. – DJU *26.09.1997, p. 47.477.*

1.2 – Fixação da pena. Regime inicial. Cabe ao Juiz monocratico impor o regime inicial de cumprimento de pena, e não ao Tribunal *a quo* ou ao STF.

• "Ementa: Regime inicial de cumprimento da pena. Imposto *habeas corpus* contra eventual omissão do tribunal a quo, quanto à fixação do regime inicial de cumprimento de

pena não fixado cabe ao juiz monocrático e não ao STF a fixação do regime inicial. Com esse fundamento, a Turma concedeu a ordem para que o juiz de primeiro grau complete a sentença decidindo sobre o regime inicial de execução da pena imposta ao paciente. Precedentes citados: HC 70.065-SP (DJU de 04.10.96). Afastou-se, deste modo, o entendimento de que tal fixação compete ao juiz da execução [HC 72.493-MT (DJU de 22.09.95)], bem como precedentes que atribuíam tal ônus ao tribunal de origem [HC 70.286-SP (DJU de 29.03.96) e 73.906-RJ (DJU de 6.9.96). HC 75.211-SP, rel. Min. Octávio Galloti, 19.08.97."

STF, in Inf. do STF 80 – HC 75.211-SP – rel. Min. Octávio Galloti – j 19.8.97 – DJU *27.08.1997.*

1.3 – Regime semi-aberto. Descumprimento de acórdão. Triunal que, ao julgar habeas corpus, decide que o paciente já pode beneficiar-se do regime semi-abreto, mesmo antes do julgamento da apelação, por Ter a sentença que assim decidiu transitada em julgado para à acusação. Não pode o juiz moncrático, depois de determinar o cumprimento do acordão, reconsiderar o despacho e manter o réu em regime fechado.

• "Ementa: Penal e processual penal. regime semi-aberto. Descumprimento do acórdão.

Tendo o Tribunal, ao julgar pedido de *habeas corpus* (HC 96.02.29769-7/RJ), decidido que o paciente já pode beneficiar-se do regime semi-aberto, mesmo antes do julgamento da apelação, por Ter a sentença que assim decidiu, transitado em julgado para a acusação, não pode o juiz monocrático, depois de determinar o cumprimento do acórdão, reconsiderar o despacho e manter o réu em regime fechado.

Habeas Corpus concedido".

TRF, 2.ª Reg., 4.ª T. – HC 97.02.04395-6/RJ – rel. Juiz Clélio Erthal – j. 12.05.97, v.u. – DJU *28.08.1997, p. 68595.*

Parte Especial

1.4 – Circulação de moeda falsa (CP, art. 298, §1.º). Ausência de provas do conhecimento da falsidade pelo acusado. Dolo não configurado.

• "Ementa: Apelação criminal. crime de circulação de moeda falsa. não comprovado o conhecimento da falsidade pelo acusado. elemento subjetivo – dolo – não caracterizado. Imposição de decreto absolutório.

I – Réu condenado pela prática de crime tipificado no art. 289, § 1.º do Código Penal, à pena de três anos de reclusão.

II – Ausência de provas do conhecimento da falsidade da moeda pelo acusado, não se caracterizando o dolo da conduta, elemento subjetivo do tipo.

III – Apelação provida."

TRF, 3.ª Reg., 1.ª T. – Ap. Crim. 5838/SP – rel. Juiz Oliveira Lima – j. 26.08.1997, v.u. – DJU *23.09.1997, p. 77.268.*

1.5 – Contrabando e descaminho (CP, art. 334). A internação de peças de computador, de valor igual a dois mil dólares, sem pagamento de impostos, é conduta típica do art. 334 do CP.

• "Ementa: Penal – Contrabando e descaminho.

1. Internação de grande quantidade de peças para computadores, de valor igual a dois mil dólares, sem pagamento de impostos, é modalidade típica de descaminho.

2. Incidência da prescrição, pelo prazo decorrido entre a data do recebimento da denúncia e a data do presente julgamento.

3. Apelo provido, para declarar-se prescrita a pretensão punitiva do Estado, pela pena fixada neste julgamento."

TRF, 1.ª Reg., 4.ª T. – Ap. Crim. 95.01.27394-6/MG – rel. Juíza Eliana Calmon – j. 10.06.1997, v.u. – DJU *18.09.1997, p. 75.505.*

1.6 – Desobediência (CP, art. 330). Desatendimento à notificação judicial. A alegada ausência de dolo é objeto da instrução criminal. Consumação que não se vincula à sorte do processo.

• "Ementa: *Habeas corpus* que objetiva o trancamento de inquérito policial instaurado mediante requisição de juiz federal. faltosa. ausência de dolo a ser provada no decorrer da instrução criminal.

O mero desatendimento à notificação judicial que consubstancie ordem legal, notadamente se oriundo de advogado militante, que não pode alegarignorância da lei. Aliás, o *writ* não se faz acompanhar de comprovante de justificativa apresentada e, assim, a alegada ausência de dolo terá de ser objeto da instrução criminal.

A consumação do crime de desobediência não se vincula à sorte do processo-crime em que o não comparecimento ocorreu e à utilidade do depoimento a ser pretado.

Ordem denegada."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 96.03.022817-6 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 16.09.1996, v.u. – DJU *19.08.1997, p. 64.661.*

1.7 – Desobediência (CP, art. 330). Sujeito ativo que é servidor público. O não cumprimento de decisão judicial, relativa a órgão da administração, no qual desempenhe suas atividades, não configura o crime do art. 330 do CP.

• "Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de desobediência. Não configuração.

I – O Superior Tribunal de Justiça tem entendido não configurar crime de desobediência o ato ou omissão praticados por servidor público, que não cumpre decisão judicial, relativa a órgão da Administração, no qual desempenhe suas atividades profisionais.

II – Ao juiz do cível não é possível adotar a prisão de servidor público, como forma de compelir o réu, órgão da administração, a cumprir decisão judicial.

III – Ordem de *habeas corpus* concedida."

TRF, 2.ª Reg., 1.ª T. – HC 96.02.30368-9/ RJ – rel. Juiz Chalu Barbosa – j. 14.05.1997, v.u. – DJU *23.09.1997, p. 77.038.*

1.8 – Exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345). Auto – tutela de direitos privados. Fato que, se configurado, exclui o crime. A eficácia de sentença civil transitada em julgado sobre questão prejudicial heterogênea, não depende de que, para aguardá-la, tenha havido suspensão do procedimento criminal.

• "Ementa: Exercício arbitrário das próprias razões: inexistência: manutenção pelo agente de sua posse contra quem – conforme sentença civil transitada em julgado – jamais a detivera.

1 – Constitui elemento normativo do tipo do exercício arbitrário das próprias razões (CP, art.345) o não enquadrar-se o fato numa das hipóteses excepcionais em que os ordenamentos modernos, por imperativos da eficácia, transigem com a autotutela de direitos privados, que, incriminam: o exemplo mais freqüente de tais casos excepcionais de licitute da autotutela privada está na defesa da posse, nos termos admitidos no art. 502 CC.

2 – Desse modo, saber quem detinha a posse no momento do fato constitui questão prejudicial heterogênea da existência daquele crime atribuído ao agente que pretende ter agido em defesa de sua posse contra quem jamais a tivera.

3 – A eficácia no processo penal de sentença transitada em julgado, que haja decidido questão prejudicial heterogênea, não depende de que, para aguardá-la, tenha havido suspensão do procedimento criminal."

STF, in Inf. Do STF 80 – HC 75.169-5 – rel. Min. Sepúlvida Pertence – DJU *27.08.1997.*

19 – Falso testemunho (CP, art. 342). Advogado que induz testemunha a mentir pratica o crime de falso testemunho. Precedentes recentes do STF.

• "Ementa: Penal. Processo penal. Julgamento antes da devolução da precatória. Falso testemunho. Advogado. Co-autoria. Acusação do co-réu. Prescrição retroativa.

I – A expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. Findo o prazo marcado, o julgamento pode ser realizado – CPP, art. 222, § 1.º e 2.º.

II – Se o advogado induz a testemunha a mentir, comete o crime de falso testemunho, pois, assim agindo, concorre para a prática do crime. Firme é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido – v. RHC 74.395-DF – decisão recente, publicada no DJU de 07.03.1997; HC 74.691-SP, v. DJU de 11.04.1997.

III – O interrogatório do réu para valer como prova contra o co-réu tem que ser tomado como se fosse testemunhal.

IV – A pena inferior a um ano prescreve em dois anos – art. 109, inc. VI, do Código Penal. A denúncia foi recebida em 1.º de julho de 1993 e a sentença foi entregue em cartório mais de dois anos depois – 8 de fevereiro de 1996. Logo, nos termos do art. 110, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal, operou-se a prescrição retroativa."

TRF, 1.ª eg., 3.ª T. – Ap. Crim. 97.01.00.008681-6-BA – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 24.06.97 – DJU *22.08.1997, p. 66.120.*

1.10 – Furto (CP, art. 155). Cosumação e tentativa. Predominância do conceito de persistir a tentativa quando a vítima ainda dispuser de disponibilidade da coisa, ou seja, o agente não a houver incorporado ao seu patrimônio.

• "Ementa: REsp. Penal. Furto. Consumação. Tentativa.

Os conceitos de consumação e tentativa são bem delineados no Código Penal (art. 14, I e II). A polêmica doutrinária se coloca na distinção entre os institutos, no plano fático, ou seja, quando se encerra a execução. Põem-se algumas sugestões na literatura. Predomina o conceito de persistir a – tentativa – quanto a vítima ainda dispuser da disponibilidade da coisa, ou seja, o agente não a houver incorporado ao seu patrimônio. Exemplo clássico. O sujeito ativo é incontinenti perseguido e enquanto a vítima, ou outrem, estiver em seu alcance, notadamente, acompanhando-o visivelmente, ter-se-á tentativa. O que importa é a complementação do sentido normativo de subtrair. Enquanto perseguido, notadamente a poucos passos, e logo após a condulta típica, não se perfaz a subtração."

STJ, 6.ª T. – REsp. 75.740-SP – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 02.04.1996, v. u. – DJU 18.08.1997, p. 37.919.

1.11 – Prevaricação (CP, art. 319). A inexistência de norma legal que imponha o acatamento de requisição, por parte de Procurador da República, de servidores para prestarem serviços em inquérito civil, torna a conduta atípica. Providência que não se encaixa na LC 75/93.

• "Ementa: Processo penal. Pedido de arquivamento de peças de informação (art. 28, CPP). Autoridade estadual que não atende requisição de membro do ministério público federal. Atipicidade da conduta. Deferimento.

I – O princípio constitucional da autonomia entre os órgãos do Poder (art. 18, *caput*, CF) exime a Administração Estadual de atender ordem de Procurador da República, mais ainda em se tratando de requisição de servidores que deveriam prestar serviços em inquérito civil, providência que não se encaixa no disposto no art. 8.º, III,da LC 75/93.

II – O tipo penal do artigo 10 da Lei 7.347/85 não se refere à requisição de servidores, mas sim de dados técnicos.

III – A inexistência de norma legal que imponha o acatamento da aludida requisição impossibilita a tipificação da conduta no delito de prevaricação (art. 319, CP).

IV – Pedido de arquivamento deferido."

TRF, 3.ª Reg., Órgão Especial – Inquérito 157 (96.03.066.254-2) – rel. Juíza Lúcia Figueiredo – j. 12.06.1997, v. u. – DJU *26.08.1997, p. 67.424.*

2 – DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 – Apelação em liberdade. Se o réu for primário e de bons antecedentes, não poderá o juiz exigir que se recolha à prisão para admitir a apelação. Mesmo que não seja primário ou não tenha bons antecedentes, poderá apelar solto, salvo se sua prisão for necessária, decidindo o juiz fundamentadamente. Se estiver preso, assim continuará, salvo se a prisão não for mais necessária.

• "Ementa: Processo penal. *Habeas corpus*. Prisão resultante de sentença condenatória passível de recurso. Prisão para apelar. CPP, art. 594.

I – A sentença condenatória passível de recurso pode revelar o *fumus boni iuris*, mas não o *periculum in mora*.

II – Sendo o réu primário e de bons antecedentes, o juiz não poderá exigir que se recolha à prisão para admitir a apelação. Não se trata de faculdade judicial, e sim de direito subjetivo do acusado.

III – Se o réu estiver preso, condenado, sentença passível de recurso, preso continuará, a nenos que a prisão não se faça mais necessária, hípotese em que deverá ser revogada.

IV – Se o réu não tem bons antecedentes ou não é primário, condenado, sentença passível de recurso, ainda assim poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se sua prisão faz necessária. O Juiz decidirá fundamentalmente."

TRF, 1.ª Reg., 3.ª T. – HC 97.01.00014689-6-MG – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 24.06.1997, v. u. – DJU *15.08.1997, p. 63755.*

2.2 – Apelação. Prazo. O início da contagem do prazo é após a intimação tanto do réu quanto do defensor pessoalmente. Renúncia ao direito de apelar pelo advogado. Não produz efeito se apresentada antes da intimação pessoal do réu. Princípio da ampla defesa.

• "Apelação: Início do Prazo e Renúncia.

O prazo de cinco dias para a apelação (CPP, art. 593) tem início após a ocorrência da intimação – tanto do defensor quanto do réu pessoalmente – da sentença condenatória. Eventual renúncia ao direito de apelar pelo advogado, investido de tais poderes, não produz efeito se apresentada antes da intimação pessoal do réu, e pode ser revogada, à vista do princípio da ampla defesa, desde que obedecido o prazo legal. Com base nesses fundamentos, a Turma deferiu pedido de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, que não conhecera, por interpestividade, da apelação interposta. Precedentes citados: HHCC 67.882-SP (RTJ 131/1.175), 68.149-DF (RTJ 133/1.213), 70.544-SP (RTJ 154/873) e 71.237-RS (RTJ 155/859)."

STF, 1.ª T., in *Inf. do STF 84 – HC 74.973-RJ – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 16.09.1997* – DJU *24.09.1997.*

2.3 – Assistente do MP. Apelação supletiva do ofendido contra sentença condenatória. É induvidoso o cabimento quando se questiona a própria mudança da infração penal pela qual condenado o agente, com patente alteração das conseqüências da condenação.

• "Ementa: Recurso do assistente do MP contra sentença condenatória: divergência jurisprudencial que não alcança a espécie.

Lavra divergência sobre a admissibilidade da apelação supletiva do ofendido, assistente do MP, que vise apenas à exasperação da pena aplicada pela sentença condenatória; o recurso, no entanto, é de induvidoso cabimento quando se questiona a própria mudança da infração penal pela qual condenado o agente, com patente alteração das conseqüências da condenação, sobretudo, como ocorre na espécie, quando a desclassificação do fato para lesões corporais implica atribuição aos ofendidos da prática de denunciação caluniosa pela imputação ao réu do crime de roubo."

STF, in *Inf. do STF 83 – HC 75.353 – rel. Min. Sepúlveda Pertence* – DJU *17.09.1997.*

2.4 – Audiência. Réu preso. Não basta sua simples intimação para a audiência, devendo ser requisitado.

• Ementa: "Competência. *Habeas corpus.* Ato de tribunal de alçada criminal. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao STF 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.

Preso – Presença em audiência – Intimação. Impropriedade. Tratando-se de acusado submetido à custódia do Estado, descabe ficar no campo da simples intimação para comparecer à audiência de instrução. A ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, conduz à requisição.

Nulidade – Descumprimento de desisão judicial. Exsurge insubisistente enfoque que acabe colocando em plano secundário provimento judicial assegurador do direito do acusado-preso de ser requisitado para audiência de instrução da ação penal."

STF, 2.ª T. – HC 75.319-1 – rel. Min. Marco Aurélio – j. 17.06.1997, v. u. – DJU *22.08.1997, p. 38.764.*

2.5 – Carta Precatória. Expedição que não suspende a instrução criminal. Findo o prazo marcado, o julgamento pode der realizado. Inteligência do art. 222, § 1.º e 2.º do CPP.

• "Ementa: Penal. Processo penal. Julgamento antes da devolução da precatória. Falso testemunho. Advogado. Co-autoria. Acusação do co-réu. Prescrição retroativa.

I – A expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. Findo o prazo marcado, o julgamento pode ser realizado – CPP, art. 222, § 1.º e 2.º.

II – Se o advogado induz a testemunha a mentir, comete o crime de falso testemunho, pois, assim agindo, concorre, para a prática do crime. Firme é a jurisprudência do STF nesse sentido – v. RHC 74.395-DF – decisão recente, publicada no DJU de 07.03.97; HC 74.691-SP, v. DJU de 11.04.97.

III – O interrogatório do réu para valer como prova contra o co-réu tem de ser tomado como se fosse testemunhal.

IV – A pena inferior a um ano prescreve em dois anos – art. 109, inc. VI, do CP. A denuncia foi recebida em 01.07.1.993 e a sentença foi entregue em cartório mais de dois anos depois – 08.02.1.996. Logo, nos termos do art. 110, § 1.º e 2.º, do Código Penal, operou-se a prescrição retroativa."

TRF, 1.ª Reg., 3.ª T. – Ap. Crim. 97.01.00.008681-6-BA – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 24.06.1997 – DJU *22.08.1997, p. 66.120.*

2.6 – Carta Precatória. Tendo o advogado sido intimado de sua expedição, é dispensável a requisição de réu preso para acompanhar, no juízo deprecado, a oitiva das testemunhas. Igualmente desnecessária nova intimação do réu e de seu defensor quanto à data designada para inquirição.

• "Ementa: Carta Precatória e Inquirição de Testemunha.

Tendo o defensor do acusado sido intimado da carta precatória para a inquirição de testemunha no juízo deprecado, é dispensável a requisição, sendo, por igual, desnecessária nova intimação do réu e de seu advogado quanto à data marcada para a inquirição. Com esse entendimento, a Turma indefiriu pedido de *habeas corpus.* Precedentes citados: HHCC 68.083-SP (RTJ 139/519), 69.203-SP (RTJ 141/556), 72.651-MG (DJU de 21.06.96)."

STF, 1.ª T., in *Inf. do STF 84 – HC 75.030-SP – rel. Min. Moreira Alves – j. 16.09.1997* – DJU *24.09.1997.*

2.7 – Competência. Conexão de crimes. Competente é o juiz do local onde ocorreu o delito mais severamente apenado. Art. 78, II, *a*, CPP.

• Ementa: CC – Conexão de Crimes – Jurisdição – Art. 78, II, *a.*

Havendo necessidade de junção de processos, diante do nexo existente entre duas infrações, competente para julgá-los é o Juiz do lugar onde ocorreu o delito mais severamente apenado.

Inteligência do art. 78, II, *a*, do CPP.

Competência, *in casu*, do Juízo suscitado."

STJ, 3.ª Seção – Confl. Comp. 13.531/PR – rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini – j. 11.06.1997, v. u. – DJU *01.09.1997, p. 40.725.*

2.8 – Competência. Delito de falsidade ideológica praticado em pedido de aposentadoria junto ao INSS. Competência da Justiça Estadual, pois o pedido somente foi apresentado perante o Sindicato Rural.

• "Ementa: Penal. Falsidade ideológica. Declaração falsa de atividade laborativa rural. Pedido de benefício não formalizado no INSS.

I – É de competência da Justiça Comum Estadual processar e julgar o delito de declaração falsa de exercício de atividade rural que, inobstante perpetrado para formalizar pedido de aposentadoria junto ao INSS, somente foi apresentando perante o Sindicato Rural.

II – Precedentes do STJ.

III – Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito de Caratinga-MG, o suscitado."

STF, 3.ª Seção – Confl. Comp. 16.747-MG – rel. Min. Anselmo Santiago – j. 25.06.1997, v. u. – DJU *01.09.1997, p. 40.727.*

2.9 – Competência. Justiça Militar x Justiça Comum. O fato de o réu ser policial, por si só, não gera competência da Justiça Castrense. Para tanto, são necessários outros requisitos.

• "Ementa: CC – Militar – Crimes dos Art. 121, II, III, IV e Art. 211 cc 29 do CP – Competência da Justiça Comum.

A circunstância de ser o réu policial militar, por si só, não desloca a competência do feito para a Justiça Castrense, para tanto é necessário que os fatos esteja definidos no Código Penal Militar e que o agente estejam em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar e usando armamento da corporação.

Competência, *in casu*, do Juízo de Direito suscitante."

STJ, 3.ª Seção – Confl. Comp. 15.769/MG – rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini – j. 11.06.1997, v u. – DJU *01.09.1997, p. 40.725.*

2.10 – Competência. Tráfico internacional de entorpecentes praticado em município que não é sede de vara da Justiça Federal. Competência da Justiça Estadual. Art. 27 da Lei 6.368/76 recepcionado pela CR/88.

• "Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico internacional de entorpecentes. Delito praticado em município que não é sede de vara da Justiça Estadual (art. da Lei 6.368, de 21.10.76).

I – Consoante precedentes desta Corte, o art. 27 da Lei 6.368, de 21.10.1976, foi recepcionado pela CF/88.

II – É da competência da Justiça comum, se o município não for sede de vara da Justiça Federal, procssar e julgar os crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes.

III – *Habeas corpus* indeferido."

STF, in *Inf. do STF 79 – HC 75.173-3 – rel. Min. Maurício Corrêa* – DJU *20.08.1997.*

2.11 – Denúncia coletiva. Rejeição. Não se pode relegar para a instrução criminal a individualização dos comportamentos delituosos.

• "Ementa: Penal e Processual Penal. Não recolhimento de contribuições sociais. Denúncia. Rejeição. Concurso de pessoas. Individualização das ações

I – Não se pode relegar para a instrução criminal a individualização dos comportamentos delituosos.

II – A denúncia deve especificar os fatos definidos como infração penal (formal e subjetivamente). A conclusão é válida ainda que se trate de concurso de pessoas. Embora seja dispensável a riqueza de circunstâncias, é imprescindível a indicação, no plano fático, da modalidade típica, sob pena de ferir princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (cf. RHC 4.683-0-SP, STJ, un., *DJ* 30.10.95, p. 36.811).

III – Recurso improvido."

TRF, 2.ª Reg., 4.ª T. – Rec. Crim. 00327/RJ (96.02.14.555-2) – rela. Juíza Federal convocada Nizete Antônia Lobato Rodrigues – j. 25.11.1996, v. u. – DJU *18.09.1997, p. 75.552.*

2.12 – Denúncia. Inépcia. Crime de prevaricação. É inepta a inicial que não especifica o interesse ou sentimento pessoal com que teria agido o agente.

• "Ementa: *Habeas Corpus*. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Crimes de prevaricação e fuga de pessoa presa cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado, em concurso formal de delitos. Réu que não concorreu para a infração penal. Ordem concedida.

Verifica-se que o paciente não se omitiu do dever objetivo de cuidado, ante a ausência de nexo causal entre a sua conduta e o evento delituoso. Ademais, não tendo ele, na condição de Delegado de Polícia, a custódia ou a guarda dos presos, achando-se ausente da custódia da Polícia Federal por autorização normativa interna, quando se verificou a fuga, não pode ser responsabilizado como co-autor.

No tocante ao crime de prevaricação, a denúncia é inepta por não especificar o interesse ou sentimento pessoal com que teria agido o paciente. Fê-lo somente o órgão ministerial em relação aos co-denunciados.

Ordem concedida."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 96.03.098062-5 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 14.04.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.579).*

2.13 – Denúncia. O recebimento de denúncia que classifica a conduta do acusado em tipo penal estranho ao auto de prisão em flagrante e à decisão denegatória de liberdade provisória, demonstra a inexistência de materialidade e de indícios de autoria. *Habeas corpus* concedido.

• "Ementa: Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Denúncia. Tipificação estranha ao auto prisional. Ausência dos pressupostos da custódia preventiva.

I – Prisão em flagrante fundamentada em violação à Lei de Proteção à Fauna Nacional.

II – O recebimento de denúncia conseqüente que classifica a conduta do Conduzido em tipo penal estranho ao auto prisional e à decisão denegatória de liberdade provisória demonstra a inexistência da materilidade de crime contra a fauna e de indícios de sua autoria.

III – Impõe-se a concessão de liberdade provisória, exclusivamente no que toca à violação da Lei 5.197/67.

IV – Ordem concedida, para confirmar a medida liminar deferida anteriormente."

TRF, 4.ª Reg., 2.ª T. – HC 96.04.66635-5/PR. – rel. juiz Paim Falcão – j. 28.08.1997, v.u. – DJU *17.09.1997, p. 75.040.*

2.14 – Embargos Infringentes. Prisão. Ao contrário do que ocorre na pronúncia e na apelação, não se decreta a prisão do réu se cabem embargos infringentes contra decisão majoritária a ele desfavorável em 2.ª instância.

• "Ementa: Embargos Infringentes e Mandados de Prisão. Ao contrário do que sucede no recurso da pronúncia e na apelação (CPP, arts. 585 e 594), não se ordena o recolhimento do réu à prisão para os embargos infringentes interpostos contro decisão majoritária de segunda instância desfavorável ao réu (CPP, art. 609, par. ún.). Desse modo, a Turma deferiu, em parte, o *writ* para determinar que o paciente permaneça em liberdade até o julgamento dos embargos infringentes. Precedentes citados: HHCC 57.177-RJ (RTJ 93/125), 67.593-RJ (RTJ 129/268) e 68.106-RJ (RTJ 132/1244)."

STF, 1.ª T., in *Inf. do STF 84 – HC 75.623-MT – rel. Min. Sydney Sanches – j. 16.09.1997* – DJU *24.09.1997.*

2.15 – Fiança. Constitui direito público subjetivo do indiciado, devendo ser deferida quando sua situação não estiver excepcionada em nenhuma das excludentes do nosso ordenamento.

• "Ementa: Processual penal. *Habeas corpus.* Pedido de relaxamento da prisão em flagrante delito. Constrangimento ilegal. Fiança concedida.

1. A fiança é direito público subjetivo do indiciado devendo se deferida quando sua situação não estiver excepcionada em nenhuma das excludentes do nosso ordenamento.

2. Todas as figuras típicas imputadas ao paciente, no caso, possuem o mínimo legal inferior ao limite do art. 323, I, do CPP.

3. Presentes os requisitos, é de se deferir a prestação da garantia fidejussória, nos termos do art. 325, do CPP.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida."

TRF, 3.ª Reg. 1.ª T. – HC 92.03.016867-2 – rel. Juiz Pedro Rotta – j. 14.04.1992, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.473.*

2.16 – Fiança. Quando cabível, pode ser prestada a qualquer tempo, desde que não transitada em julgado sentença penal condenatória (CPP, art. 334). Inexistência de efeito suspensivo dos recursos eventualmente cabíveis. Irrelevância.

• "Ementa: Fiança: cabimento. A fiança, quando cabível, pode ser prestada a qualquer tempo, desde que não transitada em julgado decisão condenatória (CPP, art. 334), sendo irrelevante a inexistência de efeito suspensivo dos recursos eventualmente cabíveis. Com esse entendimento, a Turma deferiu o *writ* para que o paciente, satisfeita a fiança a ser arbitrada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, defenda-se solto até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes citados: HHCC 72.169-RS (DJU de 09.06.95), 74.452-RJ, (DJU de 25.04.97)".

STF, 1.ª T., *in* Inf. do STF 80 – HC 74.452-RJ – *DJU* 27.08.1997.

2.17 – *Habeas corpus.* Competência. É do STF a competência para julgfar todo e qualquer

habeas corpus dirigido contra ato de tribunal, ainda que não possua a qualificação de superior. Decisão não unânime.

• "Ementa: Competência – *Habeas-corpus* – Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao STF 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.

Preso – Presença em audiência – Intimação – Impropriedade. Tratando-se de acusado submetido à custódia do Estado, desacabe ficar no campo da simples intimação para comparecer à audiência de instrução. A ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, conduz à requisição.

Nulidade – Descumprimento de decisão judicial. Exsurge insubsistente enfoque que acabe colocando em plano secundário provimento judicial assegurador do direito do acusado-preso de ser requisitado para audiência de instrução da ação penal."

STF, 2.ª T. – HC 75.319-1 – rel. Min. Marco Aurélio – j. 17.06.97, v.u. – DJU *22.08.1997, p. 38.764.*

2.18 – *Habeas corpus*. Competência. Se o *habeas corpus* é substitutivo de recurso ordinário, a competência para julgá-lo é do STJ.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Como bem salienta o parecer da Procuradoria –Geral da República, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário contra decisão de Tribunal proferida em *habeas corpus*, razão por que, segundo a jurisprudência desta Corte, competente para julgá-lo é o Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus não conhecido, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça."

STF, 1.ª T. – HC 75.520-8 – rel. Min. Moreira Alves – j. 26.08.1997, v.u. – DJU *26.09.1997, p. 47.478.*

2.19 – *Habeas corpus*. Indiciamento policial. Ausência de justa causa. Pacientes que não praticaram nenhuma ação no episódio. Ordem concedida.

• "Ementa: Penal. Recurso de *Habeas corpus*. Sentença denegatória. Inquérito. Indiciamento policial. Ausência de justa causa. Insubsistência. Salvo-conduto deferido liminarmente em sede de recurso. Confirmação. Recurso provido.

1. Instauração de inquérito policial para apuração de atos praticados por funcionário da empresa de propriedade dos pacientes.

2. O provimento jurisdicional em primeiro grau indeferiu o pleito do causídico-impetrante, que visava impedir o indiciamento dos pacientes, sócios da empresa, cujo empregado fora preso em flagrante delito.

3. Inexiste justa causa para o ato de indiciamento, vez que os recorrentes nenhuma ação praticaram no episódio em questão, asseverando sempre, *ab ovo*, a necessidade do procedimento inquisitorial para a elucidação do ocorrido.

4. É de se confirmar o salvo-conduto, liminarmente concedido pelo Relator, para que os recorrentes sejam convocados e ouvidos tão-somente a título de declarações, evitando-se assim sua submissão ao indiciamento policial, sem o prejuízo do necessário procedimento inquisitivo já instaurado.

5. Recurso provido para a conseqüente concessão da ordem de *habeas corpus.*"

TRF, 3.ª Reg., 1.ª T. – RHC 91.03.010020-0-MS – rel. Juiz Pedro Rotta – j. 12.12.95, v.u. – DJU *23.09.1997, p. 77.270.*

2.20. – *Habeas corpus*. Inexistência de prova quanto à ausência de dolo. Fato que não impede a concessão da ordem por outro motivo, *v.g.*, a inépcia da denúncia.

• "Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Não recolhimento à previdência. Lei 8.212/91, art. 95, *d*. Denúncia que não descreve conduta delituosa do paciente. Inépcia. Concessão da ordem.

O comparecimento do paciente para interrogatório e o fato de a impetração estar sendo fundamentada na existência de dolo não determinam a denegação do habeas corpus.

Ainda que inexistente prova quanto à ausência de dolo, não se acha o julgador limitado por esse fato para deferir a ordem. A inépcia da denúncia é suficiente para fazê-lo. Não pode a parte ser processada sem que seja descrito o fato criminoso. Ser sócio majoritário de empresa devedora de tributo, por si só, não o é.

Ordem concedida."

TRF, 5.ª Reg., 1.ª T. – HC 735-CE – rel. Juiz Castro Meira – j. 26.06.1997, v.u. – DJU *15.08.1997, p. 63.897.*

2.21 – Inquérito policial. Trancamento por via do *habeas corpus*. Não cabe quando ausentes quaisquer elementos que permitam concluir pela atipicidade do fato.

• "Ementa: *Habeas corpus* – Inquérito policial – Requisição do Ministério Público Federal – Legitimidade passiva – Competência – Trancamento do inquérito – Ausência de elementos a embasá-lo – Ordem denegada.

1. Tratando-se de inquérito policial instaurado mediante requisição do MP Federal, o Juízo ao qual foi ele distribuído, este tem legitimidade para figurar como autoridade coatora.

2. É o Tribunal Regional Federal competente para conhecer e julgar a ordem de *habeas corpus* impetrada contra ato do Juízo de 1.º Grau.

3. O trancamento do inquérito policial é possível via do *habeas corpus*, à ausência de justa causa para sua instauração.

4. Ausentes quaisquer elementos que permitam concluir pela atipicidade do fato, não cabe trancar inquérito policial, destinado a apurar conduta delituosa vislumbrada no curso de outro *habeas corpus*.

5. Ordem denegada."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 96.03.068240-3 – rel. Juíza Ramza Tartuce – j. 30.06.1997, v.u. – DJU *19.08.1997, p. 64.622.*

2.22 – Mandado de segurança. Impetração por órgão do MP contra decisão favorável ao réu. Hipótese em que é obrigatória a intervenção deste como litisconsorte. *Habeas corpus* concedido para anular o processo de mandado de segurança.

• "Ementa: Mandado de Segurança no Processo Penal. Tratando-se de mandado de segurança impetrado pelo MP contra decisão em processo penal favorável ao réu, é obrigatória a intervenção deste como litisconsorte tendo em vista que a concessão de segurança pode afetar sua situação jurídica. Com base nesse entendimento e considerando que o mandado de segurança não pode ser uma via transversa para afastar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a Turma deferiu *habeas corpus* para anular o processo de mandado de segurança – concedido para dar efeito suspensivo a agravo de instrumento do MP contra o deferimento de progressão de regime ao condenado – e determinar sua renovação após citado o paciente."

STF, 1.ª T., in *inf. do STF 83 – HC 75.853-SP – rel. Min. Sepulveda Pertence – j. 09.09.1997 –* DJU *17.09.1997.*

2.23 – Nulidade. Falta de realização de exame pericial de dependência toxicológica. Não há nulidade se outros elementos de convicção justificarem a sua dispensa. O momento para sua realização é logo após a declaração do réu de que é dependente. Nulidade que deve ser argüida no prazo do art. 575, II, do CPP, sob pena de preclusão.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Ausência de exame de dependência toxicológica: nulidade inexistente. Matéria preclusa.

1. A falta de realização do exame pericial de dependência toxicológica não configura nulidade processual se outros elementos de convicção durante a instrução probatória justificarem a sua dispensa.

2. O momento adequado para a realização da perícia é o imediatamente após à declaração do réu de que é dependente do uso de substância entorpecente.

3. Se não alegada a nulidade processual, pela ausência de exame de dependência toxicológica, no prazo a que alude o art. 571, II, do Código de Processo Penal, a matéria resta preclusa.

4. *Habeas corpus* indeferido."

STF, 2.ª T. – HC 75.399-0 – rel. Min. Maurício Corrêa – j. 27.06.1997, v.u. – DJU *22.08.1997, p. 38.764.*

2.24 – Prisão provisória. Excesso de prazo configurado. Relaxamento da prisão em flagrante. Ordem concedida.

• "Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Pedido de relaxamento da prisão em flagrante delito. Circulação de moeda falsa (art. 289, § 1.º c/c arts. 29 e 71, do CP). Alegação de excesso de prazo. Ocorrência de constrangimento ilegal. Alvará de soltura. Expedição. Ordem concedida.

1. Totalmente procedente o pleito de relaxamento da prisão em flagrante delito, formulado pelo impetrante-paciente, sob a alegação de excesso de prazo. Constrangimento ilegal configurado. Parecer Ministerial acolhido.

2. Deve ser concedida a ordem, para relaxar a prisão em flagrante delito, e determinar a imediata expedição do alvará de soltura clausulado em favor do paciente.

3. Ordem de habeas corpus concedida."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.026043-8 – rel. Juiz Pedro Rotta – j. 30.06.1997, v.u. – DJU *19.08.1997, p. 64.660.*

2.25 – Prisão provisória. Liberdade provisória. A decisão que a nega deve estar fundamentada em elementos concretos da necessidade de manter, em cárcere, o acusado.

• "Ementa: *Habeas corpus* – Moeda falsa – Prisão em flagrante – Liberdade provisória negada – Ausência de fundamentação – Ordem concedida.

1. A decisão que nega o pedido de liberdade provisória deve estar fundamentada em elementos concretos da necessidade de manter, em cárcere, o acusado.

2. Não constando dela os fundamentos que justificam a segregação dos pacientes, a ordem é de ser concedida.

3. Ordem concedida. Liberdade provisória deferida".

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.026292-9 – rel. Juíza Ramza Tartuce – j. 23.06.1997, v.u. – DJU *19.08.1997, p. 64.663.*

2.26 – Prisão provisória. Prisão Preventiva. Necessidade de fundamentação. Art. 93, IX, da CR/88. A mera indicação da gravidade do fato não autoriza a custódia preventiva.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Decreto de prisão preventiva. Gravidade do fato. Ausência de fundamentação. Nulidade da decisão.

– Dispõe o artigo 93, inc. IX, da CF, de forma taxativa, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão publicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a eles". Na decisão atacada não houve a necessária fundamentação. A mera indicação da gravidade do fato não perfaz os pressupostos da garantia das ordens pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, para a custódia preventiva.

Ordem concedida."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.024771-7 – rel. Juiz André Navarre – j. 04.08.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.583.*

2.27 – Prisão tempóraria. Não se trata de medida compulsória a ser decretada obrigatoriamente pelo juiz, devendo o despacho ser devidamente fundamentado.

• "Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória 111/89. Prisão Temporária. Pedido de liminar.

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo dicricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.

A prisão temporária prevista no art. 2.º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo

juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme o exige o § 2.º do mesmo dispositivo.

Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o § 1.º do art. 3.º da Medida Provisória 111 e o disposto no inciso LXIII do art. 5.º da Constituição, em face do que se contém no § 2.º do art. 3.º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado.

Embora seja relevante juridicamente a argüição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4.º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual.

A disposição de natureza processual, constante do art. 5.º da Medida Provisória 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade.

Pedido de liminar indeferido."

STF, ADIn 162, in *Inf. do STF 84 – rel. Min. Moreira Alves* – DJU *24.09.1997.*

2.28 – Prova. Gravação telefônica feita por terceiro, autorizada por um dos interlocutores, para o fim de provar excludente da antijuridicidade (legítima defesa). Licitude da gravação. Não ocorrência de violação da intimidade (art. 5.º, X, da CR/88).

• "Ementa: *Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade.

Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime, é ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5.º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da Carta Magna).

Habeas corpus indeferido."

STF, in *Inf. do STF 79 – HC 74.678-1 – rel. Min. Moreira Alves* – DJU *20.08.1997.*

2.29 – Prova. Interceptação telefônica e gravação de negociações entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento destes. Licitude da prova.

• "Ementa: Interceptação telefônica e gravação de negociações entaboladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova.

II – Alegação improcedente de perda de objeto do recurso do Ministério Público estadual.

III – Reavaliação do grau de culpabilidade para fins de revisão de dosagem da pena. Pretensão incompatível com o âmbito do *habeas corpus.*

IV – Pedido, em parte, deferido, para suprimento da omissão do exame da postulação, expressa nas alegações finais, do benefício da delação premiada (art. 159, § 4.º, do Código Penal), mantidas a condenação e a prisão."

STF, 1.ª T. – HC 75.261-6 – rel. Min. Octávio Galloti – j. 24.06.1997, v.u. – DJU *22.08.1997, p. 38.764.*

2.30 – Prova. Interrogatório de co-réu. Para valer como prova contra outro co-réu, tem de ser tomado como se fosse testemunhal.

• "Ementa: Penal. Processo Penal. Julgamento antes da devolução da precatória. Falso testemunho. Advogado. Co-Autoria. Acusação do co-réu. Prescrição retroativa.

I – A expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal. Findo o prazo marcado, o julgamento pode ser realizado – C. Penal, art. 222, §§ 1.º e 2.º.

II – Se o advogado induz a testemunha a mentir, comete o crime de falso testemunho,

pois, assim agindo, concorre para a prática do crime. Firme é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido – v. RHC 74.395-DF – decisão recente, publicada no *DJU* de 07.03.97; HC 74.691-SP, v. *DJU* de 11.04.97.

III – O interrogatório do réu para valer como prova contra o co-réu tem de ser tomado como se fosse testemunhal.

IV – A pena inferior a um ano prescreve em dois anos – art. 109, inc. IV, do Código Penal. A denúncia foi recebida em 01.07.1993 e a sentença foi entregue em cartório mais de dois anos depois – 08.02.1996. Logo, nos termos do art. 110, § 1.º e 2.º, do Código Penal, operou-se a prescrição retroativa."

TRF, 1.ª Reg., 3.ªT. – Ap. Crim. 97.01.00.008681-6-BA – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 24.06.1997 – DJU *22.08.1997, p. 66.120.*

2.31 – Recurso "ex officio". Denominação que é imprópria. Não revogação pela CR/88, art. 129, I. Não se trata de recurso em sentido próprio e técnico, mas indicação de que a decisão deverá ser submetida a duplo grau de jurisdição.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Crime de homicídio qualificado. Recurso *ex-officio:* alegação de que não mais existe no ordenamento jurídico, previsto para a decisão que absolve sumariamente o réu (CPP. arts. 411 e 574, II), por ter sido revogado pelo art. 129, I, da Constituição.

I – O impropriamente denominado 'recurso *ex-officio*' não foi revogado pelo art. 129, I, da Constituição, que atribui ao MP a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por extensão, a de recorrer nas mesmas ações.

II – A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão 'recurso *ex-officio*' revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico.

III – *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido."

STF, in *Inf. do STF 80 – HC 74.714-1 – rel. Min. Maurício Corrêa –* DJU *27.08.1997.*

2.32 – Recurso especial. O §1.º do art. 615 do CPP, que concede a decisão mais favorável ao réu no caso de empate na votação, aplica-se apenas ao recurso em sentido estrito, à apelação e aos embargos infringentes e de nulidade, excluídos os recursos extraordinário e especial. Inconstitucionalidade da expressão "absoluta dos seus membros" contida no art. 181, *caput*, do RISTJ.

• "Ementa: *Habeas-corpus*. Julgamento de recurso especial, cível ou criminal, perante o Superior Tribunal de Justiça. quórum para julgamento: maioria simples (RI-STJ, art. 181 *caput*).

Suspensão de julgamento de recurso especial criminal, após ter sido alcançada a maioria simples, para aguardar o retorno de Ministro ausente à Sessão, a fim de que a deliberação fosse tomada pela maioria absoluta dos membros da Turma do Superior Tribunal de Justiça (RI-STJ, art. 181, *caput*).

1. O § 1.º do art. 615 do Código de Processo Penal, contido no Capítulo V do Título II do Livro III, que concede a decisão mais favorável ao réu no caso de empate na votação, aplica-se apenas aos recursos previstos no mesmo capítulo (recurso em sentido estrito, apelação e embargos infringentes e de nulidade), excluídos, portanto, os recursos extraordinário e especial. Precedentes: HC 56.481-RJ, *in* RTJ 91/804; HC 58.318-RJ, *in* RTJ102/532.

2. A exigência de maioria absoluta dos membros da Turma para a tomada de decisões, contida no *caput* do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional porque dispõe sobre direito processual, que é matéria da competência legislativa exclusiva da União (CF, art. 22, I).

3. *Habeas-corpus* conhecido e provido para declarar que a decisão definitiva da 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 94.798-RJ, é aquela tomada por 2 votos contra 1 na Sessão de 12.11.96, sendo nula a que resultou do prosseguimento do julgamento, de 3 votos contra 2, na Sessão de 10.12.96.

4. Declaração da inconstitucionalidade das expressões "absoluta dos seus membros" contida no caput do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça."

STF, in *Inf. do STF 84 – HC 74.761-2 – rel. Min. Maurício Corrêa –* DJU *24.09.1997.*

2.33 – Recurso Especial. Possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova. Precedentes. Questão federal susceptível de conhecimento em sede de recurso especial.

• "Ementa: Processual penal. Recurso especlal. Valoração da prova. Questão federal. Lesões corporais. Alegação de legítima defesa. Decisão fundada em depoimento do réu prova imprestável. Nulidade.

A doutrina nacional e a jurisprudência deste Superior Tribunal consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova em sede recurso especial, pois tal estudo – valoração da prova – situa-se no campo da questão federal susceptível de conhecimento no espaço do apelo nobre.

É nula a decisão judicial que, desprezando as demais provas produzidas nos autos de ação penal, forma o entendimento com base no depoimento do acusado e proclama a sua absolvição sob o pálio da excludente legítima defesa, mesmo em face do fato confesso de haver disparado cinco tiros de revolver contra a vítima.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

STF, 6.ª T. – REsp. 47.216/MA – rel Min. Vicente Leal – j. 10.06.1997, v.u. – DJU *18.08.1997, p. 37.918.*

2.34 – Recurso. Tempestividade. Pode ser interposto por termo subscrito pelo réu, viabilizando a apresentação das razões junto ao órgão revisor. Inteligência do § 4.º do art. 600 do CPP.

• Competência – *Habeas-corpus* – Ato de tribunal de justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao STF julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

Recurso – Tempestividade – Razões. A teor do artigo 600 do Código de Processo Penal, o recurso pode ser interposto mediante termo subscrito pelo réu, viabilizando o § 4.º nele inserido a apresentação das razões junto ao próprio órgão revisor. Discrepa do permissivo legal conclusão que implique dissociar a atividade profissional do representante do réu do termo oportunamente por este subscrito."

STF, 2.ª T. – HC 75.220-9 – rel. Min. Marco Aurélio – j. 27.06.1997, v.u. – DJU *22.08.1997, p. 38.763.*

3 – LEIS EXTRAVAGANTES

Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)

3.1 – O princípio constitucional da autonomia entre os órgãos do Poder exime a Administração Estadual de atender ordem de Procurador da República, mais ainda em se tratando de requisição de servidores para prestarem serviços em inquérito civil. Não configuração do crime do art. 10 da Lei 7.347/85, nem do crime de prevaricação (CP, art.319).

• "Ementa: Processo penal. Pedido de arquivamento de peças de infórmação (art. 28, CPP). Autoridade estadual que não atende requisicão de membro do Ministério Público Federal. Atipicidade da conduta. deferimento

I – O princípio constitucional da autonomia entre os órgãos do Poder (art. 18, *caput*, CF) exime a Administração Estadual de atender ordem de Procurador da República, mais ainda em se tratando de requisição de servidores que deveriam prestar serviços em inquérito civil, providência que não se encaixa no disposto no art. 8.º, III, da Lei Complementar 75/93.

II – O tipo penal do art. 10 da Lei 7.347/85 não se refere à requisição de servidores, mas sim de dados técnicos.

III – A inexistência de norma legal que imponha o acatamento da aludida requisição impossibilita a tipificação da conduta no delito de prevaricação (art 319, CP).

IV – Pedido de arquivamento deferido."

TRF, 3.ª Reg. Órgão Especial – Inquérito 157 (96.03.066254-2) – rel. Juíza Lúcia Figueiredo – j. 12.06.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.424.*

Fauna (Lei 5.197/67, alterada pela Lei 7.653/88)

3.2 – A ação de manter em cativeiro espécimes da fauna não é conduta típica das Leis 5.197/67 e 7.653/88.

• "Ementa: Penal – Crime contra a – fauna silvestre – Conduta de manter em cativeiro – Atipicidade – Recurso improvido.

1. A ação de manter em cativeiro espécimes da fauna silvestre não encontra tipificação na Lei 5197/67, com a redação dada pela Lei 7653/88.

2. Caracterizada simples infração administrativa.

3. Recurso do MP Federal improvido".

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – RC 92.03.023.460-8 – rel. Juíza Ramza Tartuce – j. 28.04.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.583.*

3.3 – A ação de manter em cativeiro espécimes da fauna não é conduta típica, mas simples infração administrativa. A conduta "utilizar" prevista no art. 1.º da Lei 5.197/67 pressupõe que o agente tire proveito dos animais, sobretudo proveito econômico.

• "Ementa: Penal – Infração dos arts. 1.º e 27, ambos da lei 5.197/67 – Fato atípico – Recurso improvido.

I – Não se tipifica como crime a ação de manter em cativeiro espécimes da fauna silvestre nacional, caracterizando-se como simples infração administrativa.

II – A conduta 'utilizar' prevista no art. 1.º da Lei 5.197/67 pressupõe que o agente tire proveito dos animais silvestres, sobretudo, proveito comercial, ou que deles se sirva de alguma forma, não se caracterizando a utilização o simples fato de alguém manter animais em cativeiro para deleite.

III – Recurso a que se nega provimento."

TRF, 3.ª Reg., 1.ª T. – Ap. Crim. 96.03.006114-0 – rel. Juiz Sinval Antunes – j. 26.08.97, v. u. – DJU *16.09.1997, p. 74.417.*

Falência (Decreto-lei 7.661/45)

3.4 – A expressão "qualquer pessoa", contida no art. 189, I, do Dec. lei 7.661/45, não inclui o síndico da massa falida. Quanto a ele, o crime é de apropriação indébita (CP, art. 168, § 1.º, II).

• "Ementa: Apropriação indébita e crime falimentar.

A expressão "qualquer pessoa" contida no art. 189, I do Decreto-lei 7.661/45 (Será punido com reclusão de um a três anos: I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar bens da massa), não inclui o síndico da massa falida, que se presume pessoa idônea e merecedora da confiança do magistrado. Quanto a ele, aplica-se a conduta prevista no art. 168, § 1.º,II do CP (Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção ... § 1.º A pena é aumentada ..., quando o agente recebeu a coisa: ... II – na qualidade de ... síndico ...). Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em sede de conflito de jurisdição, decidiu pela competência do juízo criminal para processar e julgar a ação penal, já que o delito cometido foi o de apropriação indébita de bens da massa falida."

STF, in *Inf. do STF 79 – HC 75.021-SP – rel. Min. Maurício Corrêa – j. 12.08.1997 –* DJU *20.08.1997.*

Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)

3.5 – Apelação em liberdade. Tráfico internacional de entorpecentes. Exegese do art. 35 da Lei Antitóxicos e do art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90 . O réu poderá ou não apelar em liberdade. Decisão que deve ser fundamentada, conforme o art. 93, IX, da CR/88. Ausência de motivos para a prisão cautelar.

• "Ementa: *Habeas corpus.* Tráfico internacional de entorpecentes. Negado o direito de apelar em liberdade, ex vi do art. 35 da Lei 6.368/76. ausência de fundamentação. Possibilidade de o réu recorrer solto, nos termos do art. 2.º, §2.º, da Lei 8.072/90. Ordem concedida.

A questão que se coloca é a do art. 35 da Lei Antitóxicos e do art. 2.º, §2.º, da Lei 8.072/90. Entendo que o legislador atenuou a inflexibilidade da regra de o réu recolher-se à prisão para poder apelar. O juiz pode decidir permitir que o faça em liberdade. Seja para negar, seja para autorizar, a decisão deve ser motivada. A fundamentação é de rigor, como o exige o art. 93, inc. IX, da CF. Aliás, não pode ser outra a interpretação do texto da Lei dos Crimes Hediondos.

In casu, a autoridade impetrada assentou que não haveria recurso em liberdade, à luz do art. 35 da Lei 6.368/76. Deixou de esclarecer a existência de motivos para a prisão cautelar e esta corte não os pode deduzir ou adivinhar.

Ordem concedida."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.025168-5 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 04.08.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.583.*

3.6 – Excesso de prazo. Prisão em flagrante. Art. 1.º da Lei 8.072/90 que deu nova redação ao parágrafo único do art. 35 da Lei Antitóxicos. Contagem do prazo em dobro nas infrações aos arts. 12, 13 e 14. Assim, o término da instrução criminal deve dar-se em 76 dias.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Relaxamento da prisão flagrancial. Excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal. Ordem concedida.

– O par. ún. do art. 35 da Lei 6.368/76, com redação do art. 1.º da Lei 8.072/90, determinou a contagem em dobro dos prazos procedimentais nas hipóteses dos arts. 12, 13 e14. Dessa forma, o término da instrução criminal na sistemática da Lei de Tóxicos deve dar-se em 76 (setenta e seis) dias.

A prisão se prolonga por lapso de tempo em muito superior, sem que tenha havido sequer interrogatório. O constrangimento ilegal é, pois, manifesto.

Ordem concedida para relaxar a prisão flagrancial do paciente, expedindo-se, em seu favor, alvará de soltura, se por *al* não estiver preso."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.009237-3 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 28.04.1997, v.u. – DJU, *p. 67.580.*

Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)

3.7 – Representação do ofendido. Arts. 88 e 91. Crime de lesão corporal culposa. Aplicação a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respeito às leis codificadas – Código Penal e Código Penal Militar – ou às extravagantes, de qualquer natureza.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Lesão corporal culposa praticada por militar: ação penal: exigência de representação do ofendido

1. Os arts. 88 e 91 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099, de 26.09.95), que exigem representação do ofendido para a instauração de processo-crime, aplicam-se a todos e quaisquer processos, sejam os que digam respoito às leis codificadas – Código Penal e Código Penal Militar – ou às extravagantes, de qualquer natureza.

2. *Habeas corpus* deferido para anular o acórdão condenatório, pela inobservância da Lei 9.099/95, prosseguindo a ação penal com a intimação da vítima para a iniciativa da representação, sob pena de decadência."

STF, in *Inf. STF 79 – HC 74.207-6 – rel. Min. Maurício Corrêa –* DJU *20.08.1997.*

3.8 – Representação do ofendido. Arts. 88 e 91. Mesmo já havendo sentença condenatória não transitada em julgado, a vítima deve ser intimada para oferecer ou não a representação no prazo de 30 dias. Não se aplicam aqui os fundamentos da irretroatividade do instituto da suspensão condicional do processo.

• "Ementa: *Habeas corpus*. O art. 91 da Lei 9.099/95 é norma de transição que mandou aplicar aos inquéritos policiais e às ações penais em curso, a exigência da representação como condição de procedibilidade para o seu prosseguimento, sendo, assim, uma condição de procedibilidade superveniente, a ser observada independentemente de provocação do réu. A ela não se aplicam os fundamentos da irretroatividade do instituto da suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95) depois de haver sentença condenatória não transitada em julgado, não só por causa da existência dessa norma de transição, mas também porque aqueles fundamentos não são compatíveis com a natureza dela. Nesse sentido, aliás, se orientou esta Primeira Turma, ao julgar o HC 74.334, relator o Ministro Sydney Sanches.

Habeas corpus deferido em parte, para anular o acórdão que julgou a apelação, a fim de que se faça a intimação da ofendida para oferecer a representação para a propositura da

ação penal no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência superveniente."

STF, HC 75.546-1 – rel. Min. Moreira Alves – j. 26.08.1997, v. u. – DJU 26.09.1997, p. 47.478.

3.9 – Suspensão condicional do processo. Art. 89. Paciente indiciado em um único inquérito policial. Fato que não impossibilita a suspensão.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo. Paciente indiciado em um único inquérito policial. Aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95.

Foi negada a suspensão condicional do proces so em razão de o paciente estar indiciado em um único inquérito policial.

O art. 89 da Lei 9.099/9S é claro ao dispor que, entre outros requisitos, o acusado, para fazer jus ao benefício, não pode estar sendo processado.

Assim, o obstáculo invocado foge aos ditames da lei e o prosseguimento afronta o direito de liberdade do requerente, com prosseguimento do processo.

Ordem concedida."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.029893-1 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 04.08.1997, v.u. – DJU *26.08.1997, p. 67.583.*

3.10 – Suspensão condicional do processo. Art. 89. Se a sentença é anterior à vigência da Lei 9.099/95, o condenado não tem direito à suspensão.

• "Ementa: Processo penal. Embargos de declaração. Falta de intimação para apresentar apelação. Improcedência. Suspensão do processo. Lei 9.099/95.

1 – Improcede a alegação de falta de intimação do defensor para apresentar suas razões de recurso, quando regularmente intimado para o ato.

2 – O condenado não tem direito à suspensão do processo quando a sentença é anterior à vigência da Lei 9.099/95".

TRF, 4.ª Reg., 1.ª T – Emb. Decl. em ACR 95.04.37555-3/PR – rel. Juiz Vladimir Freitas – j. 05.08.1997, v. u. – DJU *20.08.1997, p. 65.240.*

Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei 8.137/90)

3.11 – Ação penal. Procedibilidade e extinção da punibilidade. A ação penal independe da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, mas a instauração deste é indispensável para comprovar a glosa da dedução tida como indevida. Pago o tributo tão logo notificado o contribuinte, extingue-se a punibilidade nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, mesmo que o pagamento tenha se dado depois do recebimento da denúncia.

• "Ementa: Penal – Crime contra a ordem tributária – Prestação de declaração falsa a receita federal e conseqüente redução do imposto de renda – Denúncia oferecida antes de instaurado o procedimento fiscal – Pagamento imediato do tributo – Extinção da punibilidade.

1. Conquanto a ação penal não dependa da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, indispensável a instauração deste para comprovar a glosa da dedução tida como indevida.

2. Pago o tributo tão logo notificado o contribuinte, extingue se punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, ainda que o recolhimento tenha se efetuado após o recebimento da denúncia, se esta foi oferecida antes de lavrado o auto de infração.

3. Recurso provido."

TRF, 1.ª Reg., 3.ª T. – Ap. Crim. 96.01.31.381-8-DF – rel. Juiz Osmar Tognolo – j. 24.06.1997, v. u. – DJU *15.08.1997, p. 63.687.*

3.12 – Condição de procedibilidade e extinção da punibilidade. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não gera condição de procedibilidade. Precedente. Os *TDAs* oferecidos como garantia na instância administrativa não constituem pagamento para efeito de extinção da punibilidade.

• "Ementa: Criminal. *Habeas corpus*. ato de procurador da república. Competência ordi-

nária do TRF. Representação da receita federal. Inexistência de condição de procedibilidade. Garantia de TDAs no processo administrativo.

1. A lesão atribuída a membro do Ministério Público Federal, mesmo atuando junto ao primeiro grau de jurisidição, é reparável na via heróica perante o TRF.

2. A representação prevista no art. 83 da Lei 9.430-96 não contitui condição de procedibilidade da ação penal (ADIN 1.571, rel. Min. Néri da Silveira, liminar).

3. Os TDAs oferecidos como garantia da instância administrativa não caracterizam pagamento para efeito de causa extintiva da punibilidade.

4. Sentença anulada.

5. *Habeas corpus* conhecido, diretamente, e improvido."

TRF, 4.ª Reg., 1.ª T. – RHC 97.04.19076-0-SC – rel. juiz Fábio Bittencourt da Rosa – j. 05.08.97, v. u. – DJU *20.08.1997, p. 65.239.*

3.13 – Condição de procedibilidade. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não gera condição de procedibilidade. Representação que não se confunde com a do ofendido nas ações penais públicas condicionadas, prevista no art. 24 do CPP.

• "Ementa: Penal e processual penal. *Habeas corpus* preventivo. Trancamento de ação penal. Crimes contra a ordem tributária. Art. 83 da Lei 9.430/96. Inaplicabilidade ao Ministério Público. Instauração da ação penal. Possibilidade.

A limitação imposta pelo art. 83 da Lei 9.430/96, condicionando a representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90, à decisão final na esfera administrativa, não interfere na função institucional do Ministério Público de promover a ação penal pública.

A representação fiscal de que trata o art. 83, da Lei 9.430/96 não deve ser confundida com a representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada, prevista no artigo 24 do Código de Processo Penal.

Jurisprudência do STF na ADIn 1 .571.

Denegação do *writ.*"

TRF, 5.ª Reg., 3.ª T. – HC 717-PB – rel. juiz Manoel Erhardt – j. 12.06.1997, v.u. – DJU *22.08.1997, 66.617.*

3.14 – Condição de procedibilidade. Questão prejudicial. A representação referida no art. 83 da Lei 9.430/96 não constitui condição de procedibilidade da ação penal. Possuindo elementos relativos suficientes da autoria e prática delitivas, pode o *Parquet* promovê-la. Processo administrativo pendente que não configura questão prejudicial (arts. 92, 93 e 94 do CPP).

• "Ementa: *Habeas corpus*. Sobrestamento da acão penal. Julgamento de recursos pendentes na esfera administrativa. Prática em tese, do crime descrito no art. 1.º, incs. I e II, da Lei 8.137/90. Ordem denegada.

A representação fiscal de que fala a Lei 9.430/96 não foi erigida em condição de procedibilidade da ação penal tributária. O *Parquet* pode promovê-la, desde que possua elementos relativos suficientes da autoria e prática delitivas.

À luz dos arts. 92, 93 e 94 do Código de Processo Penal, processo administrativo pendente não configura questão prejudicial, pois esta se define por sua influência na caracterização do crime e por estar sendo objeto de cognição em juízo cível.

Ordem denegada."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.017080-3 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 16.06.1997, m.v. – DJU *19.08.1997, p. 64.661)*

3.15 – Extinção da punibilidade pelo pagamento. Art. 34 da Lei 9.249/95. Só ocorre quando o pagamento é integral e precede ao recebimento da denúncia.

• "Ementa: *Habeas corpus*. Trancamento da acão penal. Débito parcelado. Ausência do exame de corpo de delito. Prática, em tese do crime descrito no art. 1.º, incs. II e III, da Lei 8.137/90. Ordem não concedida.

O pagamento do débito tributário opera a extinção da punibilidade, quando é integral e

precede o recebimento da denúncia. É o que se extrai do art. 34 da Lei 9.249/95.

Quanto à ausência de exame de corpo de delito como causa de nulidade processual, dos autos não se deduz que órgão acusador e réu tenham requerido perícia e o juiz a tenha indeferido a ser legítimo cogitar-se de cerceamento de defesa ou de desrespeito à igualdade de instrumentos processuais à disposição das partes.

No caso deste *writ*, sob pena deste tribunal substituir-se indevidamente ao juízo de origem e antecipar solução da lide penal, não deve pronunciar-se sobre a necessidade ou não da prova pericial, que não se tem notícia de ter sido requerida, que não se sabe se será realizada de ofício ou se ausente, até o fim da ação, provocará a absolvição ou condenação do réu.

Negada a concessão da ordem."

TRF, 3.ª Reg., 5.ª T. – HC 97.03.010026-0 – rel. Juiz André Nabarrete – j. 16.06.1997 – m.v. DJU 19.08.1997, p. 64.661.

Previdência Social (Leis 8.212/91 e 8.137/90)

3.16 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). A notificação prévia do denunciado para, em quinze dias, efetuar o pagamento, é admissível.

• "Ementa: Processo penal. Correição parcial. Regimento interno doTRF 4.ª região, art 171.

A jurisprudência deste Tribunal vem entendendo que nas ações penais por omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias é admissível a notificação prévia do denunciado para, em 15 dias, efetuar o pagamento do débito."

TRF, 4.ª Reg., 1.ª T. – Correição Parcial 97.04.25.617/SC – rel. Juiz Vladimir Freitas – j. 05.08.1997, v.u. – DJU *20.08.1997, p. 65.240.*

3.17 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Alegação de má situação financeira da empresa. O ônus da prova é do acusado.

• "Ementa: Direito penal. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Lei 8.212/91, art. 95 *d*. Constitui crime o desconto do devido ao INSS a título de contribuições previdenciárias sem o recolhimento correspondente aos cofres da autarquia, sendo do acusado o ônus de provar impossibilidade motivada por má situação financeira da empresa."

TRF, 4.ª Reg., 1.ª T. – Ap. 96.04.41677-4/ PR – rel. Juiz Vladimir Freitas – j. 05.08.1997, v.u., DJU *20.08.1997, p. 65.240.*

3.18 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Competência da Justiça Comum Estadual, pois a infração não repercutiu diretamente em interesses da Previdência Social. Inteligência do art. 109, IV, da CR/88.

• "Ementa: Penal. Competência. Apropriação indébita. Inexistência de lesão à previdência social.

A Constituição vigente é expressa em definir a competência dos Juízes Federais para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimentos de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquia ou empresas públicas (Art. 109, IV).

O crime de apropriação indébita, praticado por empregado de empresa privada com poderes de gerência, sem repercussão direta em interesses da Previdência Social deve ser processado e julgado pela Justiça Comum Estadual.

Conflito de competência conhecido. Competência do Juizo Suscitado."

STJ, 3.ª Seção – CC 18.842/GO – rel. min. Vicente Leal – j. 11.06.1997, v.u. – DJU *01.09.1997, p. 40.728.*

3.19 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Não descrição do fato criminoso. Inépcia da denúncia configurada. A condição de sócio majoritário da empresa devedora de tributo, por si só, não basta para que seja processado criminalmente.

• "Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Não recolhimento a

previdência Lei 8.212/91, art. 95, letra *d*. Denúncia que não descreve conduta delituosa do paciente inépcia. Concessão da ordem.

O comparecimento do paciente para interrogatório e o fato de a impetração estar sendo fundamentada na inexistência de dolo não determinam a denegação do *habeas corpus*:

Ainda que inexistente prova quanto à ausência de dolo, não se acha o julgador limitado por esse fato para deferir a ordem. A inépcia da denúncia é suficiente para fazê-lo. Não pode a parte ser processada sem que seja descrito o fato criminoso. Ser sócio majoritário de empresa devedora de tributo, por si só, não o é.

Ordem concedida."

TRF, 5.ª Reg., 1.ª T., HC 735-CE, rel. juiz Castro Meira, j. 26.06.1997, v.u., DJU *15.08.1997, p. 63.897.*

3.20 – Omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias (Lei 8.212/91, art. 95, *d*). Evidenciada a penúria do empresário, aplica-se o princípio da inexigibilidade de conduta diversa. Responsabilidade penal que é pessoal, não podendo ser imputada a sócios que outorgam procuração a outro sócio para que exerça a gerência da empresa.

• "Ementa: penal. Crime contra a seguridade social (art. 95, letra *d*, da Lei 8.212/91). Sócios que outorgaram procuração a outro sócio que, de fato, dirigia a empresa. Responsabilidade objetiva dos mandantes. Ocorrência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Inexigibilidade de con duta diversa. Sentenca absolutória mantida. Apelo improvido.

1 – A responsabilidade penal é pessoal, não podendo ser imputada a sócios que outorgaram procuração a outro sócio a fim de que este exerça a gerência da empresa.

2 – Aplicável o princípio da inexigibilidade de conduta diversa ao acusado da imputação de deixar de recolher, na época devida, as contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, quando todos os dados coligidos na instrução probatória da ação penal evidenciam a penúria do empresário, face à grave crise financeira, essa causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abster-se do compromisso fiscal, a fim de poder honrar os seus encargos para com os seus empregados, fornecedores e outros afetos à subsistência própria e de sua empresa.

3 – Apelação a que se nega provimento."

TRF, 3.ª Reg., 1.ª T. – Ap. Crim. 96.03.006121-2 – rel. Juiz Sinval Antunes – j. 26.08.1997, v.u. – DJU *16.09.1997, p. 74.417.*

Segurança Nacional (Lei 7.170/83)

3.21 – Porte de armas de uso privativo das Forças Armadas. Inexistência de conotação política. Não configuração do crime. Hipótese de contravenção penal.

• "Ementa: Penal e processual penal. Porte de armas de uso privativo das forças armada. Inexistência de conotação política, enquadramento na lei das contravenções penais.

1. Ainda que se trate de porte de arma de uso civil proibido, a conduta do agente infrator não poderá ser enquadrada como delito contra a Lei de Segurança Nacional, se inexistente, como no caso, a conotação política, devendo o ato, em tese, ser tipificado como contravenção penal.

2. Conflito conhecido, declarado competente o Juízo de Direito da 2.ª Vara Criminal Regional de Santa Cruz-RJ, o suscitante."

STJ, 3.ª Seção – Confl. Comp. 16.558-RJ – rel. min. Anselmo Santiago – j. 25.06.1997, v.u. – DJU *01.09.1997, p. 40.726.*

Suspensão do processo e da prescrição (Lei 9.271/96; alteração do art. 366 do CPP)

3.22 – Retroatividade. A suspensão deve ser determinada mesmo que a instrução já tenha sido concluída. Todavia, se já foi ultrapassado o momento das alegações finais, o processo não deverá mais ser suspenso. Da decisão que ordena a suspensão, oponível será a apelação.

• "Ementa: Processo penal. Citação por edital. Revelia art. 366 com a modificação introduzida pela Lei 9.271, de 1996. Retroação. recurso: apelação.

I – Da decisão que ordena a suspensão do processo com base no art. 366, oponível será o recurso de apelação.

II – A suspensão do processo deve ser determinada mesmo que a instrução já tenha sido concluída. Todavia, se já foi ultrapassado o momento das alegações finais, o processo não deverá mais ser suspenso, pois a fase do contraditório já ficou para trás. A sentença deve ser proferida."

TRF, 1.ª Reg. 3.ª T. – Rec. Crim. 96.01.47331-9-MT – rel. Juiz Tourinho Neto – j. 24.06.1997, v.u. – DJU *15.08.1997, p. 63.711.*

Solo Urbano (Lei 6.766/79)

3.23 – Loteamento irregular. Art. 50 da Lei 6.766/79. Município já imitido liminarmente na posse da área, para esse fim, em processo de desapropriação. Ausência de crime. A prévia aquisição do domínio do imóvel e do registro do loteamento, em tal caso, é inexigível.

• "Ementa: Loteamento irregular (Lei 6.766/79, art. 50, I, e § 1.°, I e II): inexistência do crime quando o loteamento e as promessas de venda incriminadas foram promovidos pelo município, quando já imitido liminarmente na posse da área, exatamente para esse fim, em processo de desapropriação: inexigibilidade em tal caso da prévia aquisicão do domínio do imóvel e do registro do loteamento, como reclamado por lei na hipótese de loteamentos empresariais privados."

STF, in *Inf. do STF 80 – HC 74.725-6 – rel. Min. Sepúlveda Pertence –* DJU *27.08.1997.*

3.24 – Loteamento irregular. O delito do art. 50, par. ún., I, da Lei 6.766/79 é crime único. Continuidade delitiva que não se admite, pois as condutas se referem a um mesmo desmembramento irregular.

• "Ementa: Loteamento Irregular e Crime Continuado.

O delito tipificado no art. 50, parágrafo único, I, da Lei 6.766/79 ("O crime definido neste artigo (parcelamento irregular de solo urbano) é qualificado se cometido: I – por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente") é crime único, não sendo de admitir-se a continuidade delitiva quando as condutas criminosas do agente são atribuídas a um mesmo desmembramento irregular. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu em parte *habeas corpus* para excluir da condenação do paciente o acréscimo da pena decorrente do crime-continuado, reformando decisão que a exasperara com base em sete promessas de venda realizadas em um mesmo loteamento."

STF, 1.ª T., in *Inf. do STF 83 – HC 74.757-SP – rel. Min. Octávio Gallotti – j. 09.09.1997 –* DJU *17.09.1997.*

Tóxicos (Lei 6.368/76)

3.25 – Associação. Causa especial de aumento de pena prevista no art. 18, inc. III, da Lei de Tóxicos. A associação mencionada neste dispositivo é o concurso eventual de pessoas, sem a intenção de criar uma sociedade para a prática de crimes. Decisão não unânime.

• Associação e Lei de Entorpecentes.

"Concluindo o julgamento de *habeas corpus* (v. Informativo 76), em que se discute o tema da necessidade ou não da pemanência ou estabilidade da associação para a incidência da causa de aumento prevista no inc. III art. 18 da Lei 6.368/76 ("As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços): ... III – se qualquer deles decorrer de associação ..."), a Turma, vencido o Min. Sepúlveda Pertence, relator, adotou entendimento segundo o qual a associação mencionada no referido dispositivo é o concurso eventual de pessoas, sem a intenção de criar uma sociedade para a prática de crimes. Precedentes citados HC 67.396 (RTJ 129/1.215), 67.384 (RTJ 129/1.212)."

STF, 1.ª T., in *Inf. do STF 84 – HC 75.233-SP – rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence – j. 16.09.1997 –* DJU *24.09.1997.*

3.26 – Tráfico internacional. Importação de "lança-perfume" da Argentina. Não configuração. Ocorrência do crime do art. 334 do CP.

• "Ementa: Conflito de competência – Tráfico – Cloreto de etila.

Não constitui tráfico internacional de entorpecente a introdução de lança-perfume no território nacional, por não constar nas listas anexas à Convenção firmada entre o Brasil e a Argentina e não ser. considerada como substância entorpecente no país vizinho.

Ocorrência do crime do art. 334 do C.P. Competência da Justiça Federal."

STF, 3.ª Seção – Confl. Comp. 16.251/PR – rel. min. Cid Flaquer Scartezzini – j. 11.06.1997, v.u. – DJU *01.09.1997, p. 40.726.*

8.5 Jurisprudência Organizada e Comentada

EXECUÇÃO PENAL[1]

PARTE II

SÉRGIO MAZINA MARTINS[2]

Sumário:

22. Regime Prisional e Sistema Progressivo em Geral

22.1 Natureza jurídica e conceitos
22.2 Crime hediondo e assemelhado
22.2.1 Possibilidade de progressão
22.2.2 Impossibilidade de progressão
22.2.3 Afastamento da hediondez ou da vedação
22.3 Crime anterior à vigência da Lei 8.072/90
22.3.1 Retroatividade da vedação de progressão
22.3.2 Irretroatividade da vedação de progressão
22.4 Vedação legal de progressão e coisa julgada
22.4.1 Possibilidade de progressão
22.4.2 Impossibilidade de progressão
22.5 Condenado estrangeiro
22.5.1 Possibilidade
22.5.2 Impossibilidade
22.6 Ações penais de conhecimento ou inquéritos pendentes
22.6.1 Possibilidade
22.6.2 Impossibilidade
22.6.3 Critérios
22.7 Prisão processual vigente: impossibilidade
22.8 Progressão em "habeas corpus"
22.8.1 Possibilidade

(1) A primeira parte deste trabalho foi publicada no número anterior da *RBCCrim*, sendo que no próximo número publicaremos sua terceira parte, como sempre obedecendo a ordem das matérias seguida pela Lei 7.210/84 (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; "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 seus agradecimentos pelas colaborações do Promotor de Justiça Dr. Álvaro Busana, renovando ainda 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.

22.8.2 Impossibilidade

22.9 Requisito temporal: natureza jurídica

22.10 Requisito temporal: um sexto do total da condenação

22.11 Requisito temporal: um sexto do que restava de pena quando do ingresso no regime antecedente

22.12 Requisito temporal e longa pena a cumprir

22.12.1 Deferimento

22.12.2 Indeferimento

22.13 Mérito: natureza jurídica e conceitos

22.14 Casuística pelo critério preponderante da decisão

22.14.1 Comportamento carcerário: indeferimento

22.14.2 Faltas disciplinares – (a) deferimento – (b) indeferimento

22.14.3 Perspectivas sociais, familiares, profissionais e vivenciais: indeferimento

22.14.4 Quadro interno, psicológico e psiquiátrico: indeferimento

22.14.5 Autocrítica – (a) deferimento – (b) indeferimento

22.14.6 Assimilação da terapêutica prisional: indeferimento

22.14.7 Gravidade do delito, potencial criminógeno e periculosidade – (a) deferimento – (b) indeferimento

22.14.8 Predicados positivos ou negativos isolados – (a) deferimento – (b) indeferimento

22.14.9 Parecer técnico e deficiência de constituição: deferimento

22.14.10 Parecer técnico e sua opinião – (a) deferimento – (b) indeferimento

22.14.11 Reincidência e maus antecedentes: indeferimento

22.14.12 Reparação do dano: desnecessidade

22.15 Reiteração do pedido: possibilidade

22.16 Demora na apreciação judicial do pedido

22.17 Decisão judicial: fundamentação

22.18 Decisão judicial: trânsito em julgado

23. Regime Aberto em Específico

23.1 Condenação por crime grave: inadmissibilidade

23.2 Condições de permanência: local e cidade

23.3 Prisão albergue domiciliar e hipóteses legais específicas

23.3.1 Deferimento

23.3.2 Indeferimento

23.4 Prisão albergue domiciliar na falta de casa do albergado

23.4.1 Possibilidade

23.4.2 Impossibilidade

23.4.3 Outras soluções

23.5 Manutenção em regime aberto por falta de vagas apropriadas ao devido recolhimento

23.5.1 Admissibilidade

23.5.2 Inclusão oportuna no estabelecimento adequado

23.5.3 "Habeas corpus" em geral: inadmissibilidade

24. Regressão de Regime Prisional

24.1 Do aberto para o fechado: possibilidade

24.2 Prática de crime doloso ou de falta grave

24.2.1 Admissibilidade

24.2.2 Inadmissibilidade

24.3 Suspensão cautelar de regime prisional
24.3.1 Possibilidade
24.3.2 Impossibilidade
24.3.3 Prazo de vigência
24.3.4 Oitiva prévia das partes ou do condenado: desnecessidade
24.4 Procedimento de regressão
24.4.1 Oitiva pessoal do condenado: necessidade
24.4.2 Manifestação escrita do condenado: inadmissibilidade
24.4.3 Decisão judicial e condenação criminal: autonomia
24.5 Controle do mérito por "habeas corpus": inadmissibilidade
25. Permissão de Saída
25.1 Competência administrativa para concessão
26. Saída Temporária
26.1 Beneficiários: presos no regime semi-aberto
27. Remição
27.1 Na pena por crime hediondo ou assemelhado
27.2 Impossibilidade de trabalho por causa administrativa: indeferimento
27.3 Natureza e jornada de trabalho
27.4 Comprovação: forma
27.5 Oitiva prévia das partes
27.5.1 Necessidade
27.5.2 Desnecessidade
28. Falta Grave e Perda da Remição
28.1 Possibilidade
28.1.1 Casuística
28.1.2 Oitiva prévia do condenado – (a) necessidade – (b) desnecessidade
28.2 Impossibilidade
28.2.1 Vício formal do procedimento administrativo
28.2.2 Controle do mérito da responsabilização administrativa
28.2.3 Coisa julgada da sentença concessiva da remição
28.2.4 Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP

22. Regime Prisional e Sistema Progressivo em Geral

22.1 Natureza jurídica e conceitos

Nota: O modelo legal é o da progressividade na execução da pena privativa de liberdade. Isso implica dizer: a progressão é a regra (aqui tomada em sua acepção qualitativa e não quantitativa), enquanto a estagnação é a exceção dessa regra. Daí decorre uma importante conseqüência: todos os órgãos da execução devem ter por princípio seu compromisso indisponível de buscarem concretizar, em cada caso, a progressividade abstratamente imposta pela lei penal. Com ela estão compromissadas as administrações prisionais; as CTCs; os Promotores de Justiça; os Conselhos e os Departamentos Penitenciários; os Patronatos; os Conselhos da Comunidade; e, sobretudo, o Juiz da execução penal. Já o condenado, enquanto sujeito da execução penal, não está compromissado com a progressividade: para ele, o modelo em si é exposto enquanto faculdade de exercitar (ou não) as graves responsabilidades que lhe decorrem da progressão, podendo, portanto, recusar o exercício dessa faculdade/responsabilidade e, até mesmo, cumprir integralmente sua pena sob um regime estático. Para os órgãos da execução (LEP, art. 61) a progressão não é benefício, mas compromisso, dever, império.

Do ponto de vista lógico-material (abstraído aqui o enfoque lógico-formal diante do qual todas as decisões positivas ou negativas requerem exata motivação), os órgãos da execução não devem assim justificar o porquê da pro-

gressão mas, sim, em concreto justificar o porquê da estagnação; o porquê da não-regra; o porquê da exceção. O sistema, ao contrário do que se acredita, não é indiferente à progressividade: antes, esta é o próprio sistema enquanto tal; sua conformação bruta; ao mesmo tempo feição e essência.

A progressividade emana diretamente da concepção dialética da pena privativa de liberdade. Ela é a coreografia e a complementaridade dos conceitos de contenção e de libertação: conceitos opostos, porém reciprocamente dialógicos que se reclamam para que possam ser operacionalizáveis em concreto. Não poderíamos cogitar de uma concepção dialética da pena privativa de liberdade se não dispuséssemos da progressividade enquanto instituto real. Em suma, é a progressividade que rompe com a idéia retributiva da pena privativa de liberdade e, assim, que primeiramente atende às exigências pré-constitucionais de pena enquanto processo de dignificação humana; enquanto medida de justiça; de solidariedade; enquanto ação de libertação. Assim também quanto às exigências propriamente constitucionais da pena verdadeiramente individualizada; da pena internamente limitada; da pena não degradante e da pena não cruel. Progressividade é, portanto, norma em sua autêntica acepção: aquilo que é normal; aquilo que se repete; a própria ordem humana que se faz imanente às coisas. A pena estagnada é a pena que fracassou e na qual os órgãos da execução fracassaram: seja porque o condenado relutou; seja porque, e assim será na maioria dos casos, aqueles órgãos sequer chegaram a vislumbrar seu *compromisso*. De qualquer modo, não mais uma pena, porém um mero amontoado disforme de dias, de anos: simplesmente uma inutilidade estupenda.

O regime fechado reserva-se por excelência para o atendimento de duas funções. A primeira delas consiste em cumprir o *papel puramente contensivo*, reservando-se, portanto, para aqueles condenados ainda sob imediata influência de seus próprios surtos criminógenos, nitidamente ainda presentes os fatores internos e externos que os trouxeram para a vida intramuros: aqui é prematuro falar em progressão, pois a pena é por reclamo uma contenção, uma limitação física ao cometimento de novos crimes (sempre possíveis, porém mais difíceis atrás das grades). A segunda função do regime fechado – mais abstrata porém mais importante – é a de *avaliação*; a de planejamento; de arquitetura enfim. Caberá avaliar o condenado sob o ponto de vista criminológico; sob o ponto de vista de sua personalidade; sob o ponto de vista de sua elaboração adaptativa (Alvino Augusto de Sá): irrecusáveis, portanto, os exames e pareceres técnicos, imperiosos independentemente da natureza dos delitos. O cotidiano e a experiência com o tema nos advertem que há um processo sob o regime fechado, o que implica reconhecer: ele se esgota no curso do tempo; sua finitude é ditada por sua própria essência. Serão assim suspeitas de excesso as penas longevas sob esse título; aquelas que se arrastam por anos; as indefinidas. Não é incomum nos depararmos com penas que vêm há mais de dez anos sendo cumpridas sob o regime fechado: essas são as penas estranhas; aquelas que reclamam maior lucidez técnica.

É a partir do semi-aberto, complementando-se no aberto, que as penas passam a revelar sua natureza mesma: uma experiência (concreta) de vida. De fato, o semi-aberto oferece, em contraposição ao fechado, perspectivas vivenciais mais complexas e mais ricas, assim melhor adequando-se a pena ao desafio de sua exata individualização. Podemos dizer: é a partir do semi-aberto que a pena (conceito) começa a ser pena (fato). Antes dele, tudo é uma simples abstração, um desenho no papel. Desnecessário recordar, como o fazem muitos julgados, que o semi-aberto ainda é privação de liberdade: claro, é (ainda) pena privativa de liberdade e, portanto, (ainda) contenção. Mas já contenção qualificada enquanto colorida pela libertação que não apenas se anuncia, mas se pratica; se concretiza paulatinamente. A noção de *experiência* tem aqui um conceito mais absoluto, nem sempre compreendido em seu rigor: não alude a um teste, mas a uma vivência. Costuma-se dizer que o semi-aberto não se presta a experiências temerárias: não é nada disso, pois a experiência é aqui invocada em sua acepção de concretude; é a passagem da sala de aula e da biblioteca para o laboratório; para o ensaio físico.

• "Tratando-se de mera progressão ao regime semi-aberto, pouco mais oneroso que o regime fechado, não se deve emprestar ao exame do caso critério mais rigoroso, sob pena de tirar-se todo o estímulo ao reeducando que, no regime intermediário, não será devolvido à liberdade nem ao convívio aberto com o meio social, afigurando-se a conveniência e justiça

de conceder a progressão desejada, no curso da qual, em sendo seu comportamento inadequado, poderá sofrer pronta regressão" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 114.156-3/9, São Paulo; j. 20.11.91, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

• "A progressão para o semi-aberto não implica a colocação em liberdade, mas apenas em regime prisional mais brando, onde o condenado terá oportunidade de melhor aproveitar as eventuais medidas reeducativas ministradas pelo sistema carcerário, aliado ao fato de que poderá exercer alguma atividade laborativa compatível com seu nível cultural" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 160.491-3/9, São Paulo; j. 28.03.94, v. u., Rel. João Morenghi; red.).

• "Com a progressão para o semi-aberto, o sentenciado tem oportunidade de revelar o mérito obtido no regime anterior. Se, após longo tempo de cumprimento de pena em regime severo, como o fechado, não puder, progressivamente, passar pelas etapas mais brandas, acabará conseguindo a liberdade sem uma paulatina e adequada readaptação, o que, com certeza, será bem pior, pois, fatalmente, ensejará o cometimento de novas infrações penais e o retorno ao cárcere. Com o acolhimento da pretensão, o sentenciado terá oportunidade de revelar sua verdadeira personalidade, e possível inclinação ou não para a volta ao convívio em sociedade. Sem essa experiência, nunca se saberá se já tem responsabilidade e condições de voltar a viver em liberdade, dentro dos padrões de normalidade, ou seja, se a expiação por tempo tão longo gerou, ou não, os frutos esperados" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 957.173/5, São Paulo; j. 17.08.95, v. u., Rel. Ubiratan Arruda).

• "Atendidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 112 da LEP, o sentenciado não pode continuar no regime fechado, sendo imprescindível que se utilize os recursos do tratamento ressocializador, com a passagem ao regime mais brando, certo que os riscos de recaída são escassos, pois não se trata de regime aberto mas apenas do intermediário" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 974.407/1, São Paulo; j. 23.10.1995, v. u., Rel. Wilson Barreira; tj 05.12.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 287.992).

22.2 Crime hediondo e assemelhado

Nota: o que mais espanta na vedação legal de progressão é, exatamente, sua *estupidez*. Não se ignora que certos delitos mais veementes possam repercutir em critérios mais rigorosos para acesso aos institutos da execução: antes, seria mesmo de reclamar tal distinção, mesmo porque na execução não se pode abstrair simplesmente os aspectos propriamente criminológicos. O que não se admite, em qualquer caso, é que a qualidade da hediondez resulte exclusivamente do chamado critério legal, isto é, de elenco de tipos em si próprios e não, ao mesmo tempo, também do elenco das circunstâncias judiciais específicas. Afinal, e como já há muito detectado, "hediondo não é apenas o crime, mas a forma como o crime é cometido" (Roberto Podval). Quem diria merecedor da hediondez um crime de estupro cometido mediante violência ficta? Ou um crime de tráfico de entorpecentes que consistiu em fornecimento gratuito e eventual a um amigo? Ou ainda um atentado violento ao pudor que não ultrapassou a cena de um beijo arrancado à força da vítima? Admitir a hediondez em delitos assim, de tão relativo potencial ofensivo, chega a arranhar a sensatez: muitos teóricos da atual fórmula sequer pensaram nessas hipóteses e, porque distantes da vida cotidiana de nossos tribunais, sequer sabem o quão comuns são tais hipóteses. Daí então: a premissa haveria de ser a combinação dos critérios da tipicidade (legais) com os critérios judiciais, de forma que, em certas figuras penais previamente elencadas na lei, poderia (ou não) o juiz dizer hediondo o crime, em concreto, motivadamente.

Também quanto às conseqüências não se pode admitir a fórmula legal vigente. A simples exclusão da progressão, transformando-a em estanque reduto da pura retribuição, reverte todo o caminho legislativo trilhado a partir da LEP, colidindo frontalmente com as concepções mais modernas da pena privativa de liberdade. Melhor seria, portanto, a imposição de requisitos especiais para a progressão. A rigor, tratando-se de premissa nitidamente criminológica, sequer seria o caso de alongamento puro e simples do lapso temporal, sendo também de se invocar um mérito qualificado como, por exemplo, o prognóstico da não reincidência para o semi-aberto e a adaptação a este último como medida necessariamente prévia para o livramento condicional.

A grande polêmica para a atual fórmula legal diz respeito a sua constitucionalidade, parecendo a alguns que a vedação vigente ofende os princípios da invidualização e da humanização das penas. Para a corrente majoritária, todavia, não há tal ofensa, corrente esta aliás capitaneada por reiterados julgados dos STF e STJ (ambos, embora, com alguma divergência entre seus componentes). A diferença entre esses dois posicionamentos diz respeito ao tratamento lógico da constitucionalidade: quando aplicada a filtragem material da norma infra-constitucional (Luigi Ferrajoli) teremos necessariamente a insubsistência da vedação legal de progressão, o que não ocorrerá se por controle de constitucionalidade vislumbrarmos menos o conteúdo material das disposições constitucionais e, mais, um mero exercício de seletividade formal.

22.2.1 Possibilidade de progressão

• "É preciso ter em conta que *cada caso é um caso* e que cada um tem suas peculiaridades próprias. A disposição do art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072/90 não é de natureza processual, mas altera a essência da execução da pena e interfere no direito de punir. A CF prevê a individualização da pena (art. 5.°, XLVI), determinando o cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5.°, XLVIII), e assegurando ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5.°, XLIX). A Lei 8.072/90 dispõe, por sua vez, que a pena por crime hediondo será integralmente cumprida em regime fechado (art. 2.°, § 1.°). Ao instituir os regimes penitenciários, o Código Penal estabeleceu que as penas privativas de liberdade devem ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e que a determinação do regime inicial de cumprimento deve atender os critérios do art. 59. Assim, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão, através de decisão motivada e precedida de parecer da CTC e do exame criminológico, quando necessário. A lei, portanto, pode fixar parâmetros para distinguir um processo individualizador, e não para causar embaraço na individualização da punição. Vê-se que a Lei 8.072/90, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o princípio constitucional da individualização garantido pelo art. 5.°, XLVI, da CF, devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela LEP. Assim, mesmo em se tratando de delito arrolado na Lei 8.072/90, deve ser concedida a progressão a regime prisional mais favorável, desde que satisfeitas as exigências do art. 33 do CP e do art. 112 da LEP" (TJSP, 2.ª C. Crim. de Férias; AC 155.334-3/1, Bragança Paulista; j. 26.1.94, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; red.).

• "É de ser estabelecido o regime progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade, reputando-se inconstitucional o art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072/90, em que pesem sucessivas decisões do STJ, nenhuma unânime, declarando a constitucionalidade do referido dispositivo legal dessa hedionda lei dos crimes hediondos. E assim fica decidido na esteira de brilhante artigo doutrinário do e. Procurador de Justiça Jacques de Camargo Penteado (RT 674/287), do qual se transcreve os seguintes trechos: *Maquiado, o grupo do prendo e arrebento legisla com o nome do 'movimento da lei e ordem'. A sofisticação mal encobre a falta de estudo científico sobre as causas da criminalidade. Importa-lhes os efeitos. Sobreleva o discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária* (...) *A CF prescreve que não cabe fiança, graça ou anistia para os crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos (art. 5.°, XLIII). O legislador ordinário dita que, nesses casos, a pena 'será cumprida integralmente em regime fechado' (Lei 8.072/90, art. 2.°, § 1.°). Viola a Carta Magna, pois esta garante a individualização da pena (art. 5.°, XLVI) que consiste em especializar, particularizar a reação social ao comportamento vedado, e fixar regime fechado integral significa generalização constitucionalmente proibida* (...)*A individualização começa, portanto, com a atividade do magistrado. Este sim é que deverá por excelência tornar adaptável a pena às realidades subjetivas do réu com que se defronta. É certo que procede a existência de uma fase administrativa, porque não há dúvida que enseja-se, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado. É, sem dúvida, uma forma de humanizar-se sua incidência sobre de uma cominação abstra-*

tamente prevista. Por mais que a lei fosse minuciosa, jamais poderia contemplar todas as circunstâncias que cercam um determinado fato criminoso. Esta avaliação há, sem dúvida, de ser feita concretamente pelo magistrado (Ives e Bastos, comentários 2-236). Alguns presos permanecerão no regime fechado até o final da pena porque não querem se2 regenerar, mas os recuperados devem gozar dos benefícios legais. Vedação genérica e abstrata desatende à justa particularização (...) Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Outra, bem diversa, impedir a progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. (...) A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional (Ives e Bastos, op. cit., p. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial de satisfação e acompanhamento do progresso para, saindo do regime inicial, aproximar o reeducando da liberdade gradativamente (...) É inconstitucional o art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072, porque impede a individualização da pena, constitucionalmente assegurada (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ap. 171.019-3/1, Bauru; j. 27.12.94, v. u., Rel. Silva Leme; red.).

• "*Pena – Progressão meritória – Crime hediondo ou assemelhado – Possibilidade – Extensão, à fase executória, do princípio constitucional da individualização da pena – Prevalência do interesse na reeducação e ressocialização do condenado presente, inclusive, no art. 5.° da Lei de Crimes Hediondos – Inteligência do art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072, de 1990 – Recurso pacialmente provido.* O disposto no § 1.°, do art. 2.°, da Lei 8.072, de 1990, não impede, em determinados casos concretos, a progressão meritória no cumprimento da pena reclusiva imposta pela prática de crime hediondo ou assemelhado, isso porque, à luz do princípio constitucional da individualização da pena, que se estende à fase executória, deve prevalecer sempre o relevante interesse na reeducação e ressocialização do condenado, que até, na forma do art. 5.°, do primeiro diploma citado, poderá obter livramento condicional" (TJSP, 3.ª C. Crim.; AC 190.234-3/1, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Luiz Pantaleão; Bol. IBCCrim 36, dez. de 1995, p. 120).

22.2.2 Impossibilidade de progressão

• "*Art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072/90 – Alegação de ofensa ao art. 5.°, XLVI, da Constituição – Inconstitucionalidade não caracterizada – Individualização da pena – Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.* À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionaridade ao juiz na fixação do regime prisional" (STF, Pl.; HC 69.603-1, São Paulo; j. 15.12.1992, m. v., Rel. Paulo Brossard; DJU 23.04.1993, p. 6.922; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 3, jul.-set. 1993; p. 267).

• "A pena por crime previsto no art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072/90 será cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5.°, XLIII" (STF, 2.° T.; HC 69.377-6, Minas Gerais; Rel. Carlos Velloso; DJU 16.4.1993, p. 6.432). No mesmo sentido: a) quanto a atentado violento ao pudor: STF, 2.ª T.; HC 70.044-6, São Paulo; Rel. Paulo Brossard; DJU 07.05.1993, p. 8.330; b) quanto a tráfico ilícito de entorpecentes: STF, Plenário; HC 69.657-1, São Paulo; Rel. Marco Aurélio; DJU 18.06.1993, p. 12.111.

• "*Crimes hediondos – Imposição do regime fechado, vedada a progressão (L. 8.072/90, art. 2.°, § 1.°) – Constitucionalidade reconhecida pelo Plenário do Tribunal (HC 69.603) – Aplicação do precedente, com ressalva da opinião do relator, que reputa o preceito incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena*" (STF, 1.ª T.; HC 69.900-6, São Paulo; Rel. Sepúlveda Pertence; DJU 6.8.1993, p. 14.903). No mesmo sentido: STF, 1.ª T.; HC 70.296-1, Distrito Federal;

j.08.06.93, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 24.09.1993, p. 19.576.

• "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.° do art. 2.° da Lei 8.072/90" (STF, 2.ª T.; HC 70.467-1, Mato Grosso do Sul; j. 10.08.93, v. u., Rel. Marco Aurélio; DJU 03.09.1993, p. 17.744).

• "Tratando-se de delito equiparado a hediondo, cometido sob a égide da Lei 8.072/90, está vedada a progressão ao regime semiaberto, não cabendo mais discutir a constitucionalidade dessa proibição, pois o STF, em decisão do plenário, entendeu, por maioria de votos, constitucional o § 1.° do art. 2.° da referida lei, vencidos os Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que o declararam inconstitucional" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. Exec. 153.597-3/6, São Paulo; j. 07.04.1994, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.ª inst. 341.469).

• "Na dicção da ilustrada maioria do STF, 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.° do art. 2.° da Lei 8.072/90. A atuação em Órgão fracionado é conducente a homenagear-se o entendimento da maioria, ressalvando-se a convicção pessoal. A unidade do Direito não subsiste quando grassa o dissenso intestino, ou seja, quando órgãos do mesmo Tribunal decidem de forma conflitante" (STF, 2.ª T.; HC 70.657-6, Mato Grosso do Sul; Rel. Marco Aurélio; DJU 29.4.1994; p. 9.716).

• "Praticado delito hediondo ou assemelhado após a vigência da Lei 8.072/90, não há direito à progressão de regime prisional mas apenas a possibilidade de livramento condicional, já que referida lei tem sido pacificamente aceita pela jurisprudência, não se atendendo pleitos quanto a sua inconstitucionalidade" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 170.822-3/9, São Paulo; j. 02.03.1995, v. u., Rel. Gentil Leite; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 358.802).

• "Não é inconstitucional o preceito normativo que, aos autores dos chamados crimes hediondos, impõe o regime sancionatório único e de forma fechada" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 184.319-3, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; Bol. TJSP 7, out. 1995, p. 6).

• *"Penal – Processual penal – Habeas corpus – Crime hediondo – Lei 8.072/90, art. 2.°, § 1.° – Constitucionalidade – Tráfico de entorpecentes – Regime fechado.* I. – O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em decisão plenária, a constitucionalidade do § 1.° do art. 2.° da Lei 8.072/90. II. – A pena 2por crime previsto no art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072/90, será cumprida em regime fechado. III. – H.C. indeferido" (STF, 2.ª T.; HC 72.567-8, Rio Grande do Sul; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 23.02.1996, p. 3.624).

• *"Penal – Tráfico de entorpecentes – Regime prisional – Lei 8.072, de 1990.* A teor do disposto no § 1.°, do art. 2.°, da Lei 8.072, de 1990, nos crimes hediondos, como o de tráfico de entorpecentes, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 77.392, São Paulo; j. 12.12.1995, v. u., Rel. William Patterson; DJU 1.4.1996, p. 9.951).

• *"Pena – Progressão – Crimes hediondos.* Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas (*habeas-corpus* 69.657), o instituto da progressão do regime de cumprimento da pena não está alcançado pela garantia constitucional alusiva à individualização. A atividade monocrática ou em órgão fracionário, como é a Turma, faz-se sob a orientação jurisprudencial do Plenário, sob pena de a divergência intestina gerar perplexidade dos jurisdicionados e descrédito para o órgão judicante tomado como um todo. Ressalva do entendimento pessoal e projeção de novo ferimento do tema, com fidelidade à convicção, em sede própria, ou seja, a revelada pelo Plenário" (STF, 2.ª T.; HC 73.193-7, Goiás; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Marco Aurélio; DJU 08.03.1996, p. 6.215).

• *"Penal – Regime prisional – Progressão – Tráfico de entorpecente – Lei 8.072, de 1990.* A teor do Art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072, de 1990, no crime de tráfico de entorpecente,

o cumprimento da pena dar-se-á, integralmente, no regime fechado. Recurso desprovido" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.116, Rio Grande do Norte; j. 18.12.1995, v. u., Rel. William Patterson; DJU 27.05.1996, p. 17.921).

• *"Constitucional e penal – Tráfico ilícito de drogas – Regime prisional – Possibilidade de fixação 'a priori' pela lei ordinária (Lei 8.072/90, art. 2.º, § 1.º) – Inexistência de violação do princípio da individualização da pena (CF, art. 5.º, inc. XLVI) – Precedentes do STJ (REsp. 48.860-5-SP) e do STF – Recurso especial conhecido e provido"* (STJ, 6.ª T.; REsp. 58.814, São Paulo; j. 06.02.1996, m. v., Rel. design. Adhemar Maciel; DJU 15.4.1996, p. 11.557).

• *"RHC – Progressão de regime prisional – Prisão domiciliar – Lei 6.368/76 (art. 12 e 18, III) – Impossibilidade – Art. 117, da LEP.* Condenado o réu por crime previsto no art. 12 c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76, na vigência da Lei 8.072/90, o regime fechado para início da pena, se impõe, não havendo falar em progressão de regime, muito menos em prisão domiciliar. Ademais, o art. 117 da LEP não socorre o pretendente que não se enquadra nas hipóteses ali previstas. Recurso improvido" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.112, Rio Grande do Norte; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 25.03.1996, p. 8.591).

• *"Criminal – Narcotráfico – Regime único de cumprimento da pena.* Regime fechado. Desacerto da admissão do regime progressivo expressamente vedado pelo art. 2.º da Lei 8.072/90, a trato dos chamados crimes hediondos" (STJ, 5.ª T.; REsp. 78.479, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 25.03.1996, p. 8.595).

• "A pena por delito classificado como hediondo deve ser cumprida inteiramente em regime fechado porquanto, à cerebrina e ignara proposição de inconstitucionalidade, já respondeu categórico, enérgico, tendendo à unanimidade, após significativa Maioria já desde o início – nada menos, o Colendo Supremo Tribunal Federal. Não é sequer razoável que se volte a insistir nesse tema abstruso, contra o Órgão Maior pátrio a quem incumbe dar a palavra final no Direito aplicável; precipuamente, nesse assunto magno; da constitucionalidade das Leis infra-constitucionais. Está, essa prática daninha, destinada a causar os maiores encargos inúteis na Administração presidiária: Os pedidos, mesmo absurdos e inviáveis como este, são processados e elaborados os respectivos exames múltiplos. No ínterim, situações razoáveis de outros detentos são relegadas por sobrecarga. Já não bastasse o ônus dessas inutilidades manifestas; autênticas excrescências jurídicas, já traduzidas em impresso. O que faz sentir a proliferação. Nesse pensar, impondo-se regulação (já sem número de vezes sugerida àquele nobre e sacrificado M. Juízo) resolve a d. Turma Julgadora encaminhar cópia do acórdão ao Órgão Superior Judiciário paulista a fim de estudar a viabilidade e a concretização de fórmulas tendentes a evitar esse desperdício; no mínimo, com a sujeição do pedido inicial, ao crivo do Juiz da respectiva execução; operando necessária e pragmática triagem" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 188.034-3/9, São Paulo; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; 1.ª inst.-VEC/SP 343.791; dtj; red.).

• "A pena imposta nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida integralmente em regime fechado, a teor do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90" (STJ, 5.ª T.; HC 5.105, Rio Grande do Norte; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 18.03.1996, p. 7.586).

• *"Penal – Execução penal – Pena – Função – Individualização – CF, art. 5.º, XLVI; CP, art. 59 – Crimes hediondos – Regime prisional – Lei 8.072/90.* Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e conseqüências do crime –, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abranda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que

não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu. A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 –, ao estabelecer no seu art. 2.°, § 1.°, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33/36 – e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5.°, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5.°, XLIII). Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 6.ª T.; REsp. 60.251-3, São Paulo; j. 27.02.1996, m. v., Rel. Vicente Leal; DJU 27.05.1996, p. 17.923).

• "De há muito o E. STF, em reiteradas manifestações, teve a oportunidade de afirmar a constitucionalidade da vedação legal de progressão de regime prisional em crimes hediondos ou assemelhados. Outra não tem sido a posição adotada por esta Corte (JTJ-Lex 147/316 e RT 691/300)" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 197.082-3/8, São Paulo; j. 05.03.96, v. u., Rel. Augusto Marin; red.).

• "É de ser negada a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente cumpre pena em razão de condenação por prática de crime de tráfico de entorpecentes pois, nos exatos termos do art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072/90, sua pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado. Pese, embora, entendiemnto diverso, esse dispositivo não atenta contra o princípio da individualização da pena, inexistindo, por isso, ofensa ao art. 5.°, XLVI da CF. A questão, aliás, já foi submetida ao competente exame no Colendo STF, que reconhece a constitucionalidade do referido dispositivo legal (cf. *Habeas Corpus* 69.900-6-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª T., DJU de 06.08.93. *HC* 70.296-1-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 24.09.93, 1.ª T., e 69.377-6-MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16.04.93, p. 6.432, 2.ª T., citados todos JTJ 173, p. 338, em voto proferido pelo Des. Emeric Levai). No sentido também da constitucionalidade desse dispositivo arrolam-se inúmeros outros julgados (V. *Crimes Hediondos*, de Alberto Silva Franco, 3.ª ed., RT, p. 159 e seguintes), destacando-se: *Lei de crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072. Condenação onde o art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072 dos crimes hediondos impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma* (STF – RHC 69.657-1, Rel. Francisco Rezek, DJU de 18.06.93, p. 12.111)" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 201.157-3/2, Osasco; j. 07.03.1996, v. u., Rel. S. Oscar Feltrin; red.).

• "*Constitucional e penal – Lei dos crimes hediondos – Regime prisional.* 1. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei 8.072/90, Art. 2.°, § 1.°). 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.ª T.; REsp. 62.008, São Paulo; j. 11.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 22.04.1996, p. 12.593).

• "Tendo sido o delito de tráfico de entorpecentes praticado durante a vigência da Lei 8.072, de 25.07.1990, correto o acórdão impugnado, ao acolher o recurso do Ministério Público e aplicar o regime integralmente fechado previsto no art. 2.°, § 1.°, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Plenário do S. T. F." (STF, 1.ª T.; HC 72.214-8, Paraná; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; extraído de DJU 17.05.1996, p. 16.322).

• "*Latrocínio – Crime hediondo – Regime prisional integral fechado – Inteligência do art. 2.°, § 1.° da Lei 8.072/90 – Constitucionalidade – Recurso parcialmente provido.* O regime prisional fechado é obrigatório para o cumprimento de pena relativa a crime hediondo, segundo a previsão do art. 2.°, § 1.° da Lei

8.072/90, cuja constitucionalidade já foi proclamada pelo STF, com a afirmação de que a própria CF, ao cuidar da individualização da pena, no art. 5.º, XLVI, deferiu sua regulamentação ao legislador ordinário" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ap. 195.111-3, São Paulo; j. 26.03.96, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; Bol. TJSP 17/11).

• "Estando o paciente cumprindo pena em regime fechado por condenação da prática de crime capitulado no art. 12 da Lei 6.368/76, na vigência da Lei 8072/90, não há falar em progressão, mormente quando não satisfaz, para o benefício, as exigências do art. 117 da LEP" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.349, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

• "É incabível a progressão ao regime semi-aberto quando, na espécie, foi reconhecida a prática de crime hediondo, já que nossos Tribunais, inclusive o Pretório Excelso, entenderam constitucional a Lei 8.072/90 que os regulamenta. Assim, não se há de questionar se o pretendente preenche ou não os requisitos para a progressão de regime prisional porque a lei dos crimes hediondos é uma exceção regulamentadora, prevista na CF, que proíbe a medida em tais crimes" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 202.134-3/5, São Paulo; j. 08.04.96, v. u., Rel. Fortes Barbosa; red.).

• "*Processual penal – Lei de crimes hediondos – Regime de cumprimento de pena – Progressão.* 1. Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (precedentes do STF e desta Corte). Recurso ordinário improvido" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.345, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

• "Não é inconstitucional a vedação legal de progressão em casos de crimes hediondos ou equiparados. Sobre ser evidente que o princípio constitucional da individualização da pena (que se refere à natureza e quantidade e não à forma de execução dela) não obsta maior ou menor rigor legislativo para tal ou qual infração, segundo o superior entendimento do legislador ordinário, cumpre ressaltar que o art. 5.º, XLIII, da CF, às expressas, relegou à lei ordinária a tarefa de dispensar maior severidade no tratamento aos autores de crimes hediondos, ou a estes equiparados. Embora seja norma de caráter geral aquela que prevê a viabilidade da progressão no regime prisional, a norma especial, tendo em conta a natureza mais grave de alguns delitos, assim como a maior perniciosidade de seus agentes, pode, certamente, destinar a estes um tratamento mais severo, negando-lhes alguns benefícios ou benesses, em princípio destinados aos autores de crimes menos graves ou que não reclamam mais onerosa contraprestação. Como sempre pôde, aliás, e sem causar qualquer escândalo, cominar penas maiores ou menores para crimes mais ou menos graves. Essa, aliás, é a razão do entendimento firmado pelo STF, entendimento que, hoje, já se acreditava insusceptível de afrontas ou contra-argumentações, tal a freqüência e reiteração com que acabou proclamado nos Tribunais" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 207.965-3/3, São Paulo; j. 21.10.96, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

• "Os autores de crimes hediondos ostentam maior periculosidade, pois, com suas ações nefastas e arrasadoras, causam danos irreparáveis à coletividade. Daí por que a lei ordinária, em consonância com os parâmetros traçados pela CF, impõe maior rigor na execução da pena: integral cumprimento no regime fechado (§ 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90). Sendo plenamente justificável o maior rigor, o STF tem reconhecido a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal (HC 69.435-7, 69.603, 69.657, 69.906-6, 7.121-3). Idêntica é a jurisprudência do STJ (Rec. Esp. 51.349-9-SP)" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 213.207-3/4, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

• "A imposição de regime integral de prisão fechada, em condenações decorrentes de delitos classificados como hediondos, não afronta a garantia constitucional da individualização da pena, como já teve oportunidade de decidir, de forma reiterada, o c. Supremo Tribunal Federal (HC, Rel. Paulo Brossard, RT 696/438; HC 69.603, DJU 23.04.93; HC 69.900, DJU 06.08.93, p. 14.903; HC 70.939-7, DJU 3.6.94, p. 13.854)" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 215.023-3/9, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. David Haddad).

• "A vedação de progressão de regime prisional da Lei de Crimes Hediondos tem por finalidade impor regime mais rigoroso para o cumprimen-

to das penas impostas aos que os cometem. Assim, mostra-se compatível com os princípios da igualdade, da proibição do excesso e da proporcionalidade, garantindo um critério dentro das razões das normas legais, juntamente com os ditames da Magna Carta" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 215.462-3/1, São Paulo; j. 26.11.96, v. u., Rel. Segurado Braz; red.).

22.2.3 Afastamento da hediondez ou da vedação

• *"Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Lei de tóxico.* A norma extravagante do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, tida como constitucional pelo Plenário do STF, ocasião em que fiquei vencido, juntamente com o Min. Sepúlveda Pertence (*habeas-corpus* 69.657-1, cujo acórdão foi veiculado no Diário da Justiça de 18.06.1993) clama por interpretação estrita. O afastamento da progressividade no cumprimento da pena penas ocorre em relação aos crimes referidos na cabeça do artigo – os hediondos, a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Aplicação restrita, considerados os tipos da Lei 6.368/76, ao do art. 12 – o tráfico de entorpecentes e drogas afins – não se estendendo, sequer, à associação cominada no art. 14" (STF, 2.ª T.; ED HC 70.207-8, São Paulo; j. 31.05.1994, m. v., redator p/ acórdão Marco Aurélio).

• *DESPACHO:* "Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de M. D. Q., que foi condenado a quarto (4) anos de reclusão, e multa, pela prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76. O Tribunal ora apontado como coator, em recurso exclusivo do réu – ausente qualquer impugnação recursal do Ministério Público –, reformou a sentença penal condenatória, determinando que a pena imposta ao paciente fosse cumprida em regime exclusivamente fechado (f.), não obstante o magistrado de primeira instância, que reputou inconstitucional o preceito prescrito no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, houvesse estabelecido, em sua decisão, o regime inicial fechado, com direito à progressão (f.). Tenho para mim que é inquestionável a plausibilidade jurídica da tese ora sustentada pelo ilustre impetrante, eis que o Tribunal *ad quem*, ao julgar recurso interposto exclusivamente pelo réu, não pode agravar – especialmnete em tema de regime de cumprimento da sanção penal – a condenação imposta ao recorrente, sem que concorra a necessária iniciativa recursal do Ministério Público (RTJ 150/221, Rel. Min. Celso de Mello). Essa mesma orientação – que presta obséquio ao princípio que veda a *reformatio in pejus* (CPP, art. 617) – tem sido reiterada em diversos pronunciamentos judiciais do Supremo Tribunal Federal: RTJ 132/786, Rel. Min. Francisco Rezek – RTJ 142/622, Rel. Min. Paulo Brossard – RTJ 146/601, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 150/808, Rel. Min. Marco Aurélio, *v. g.*. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade da norma inscrita no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, confirmando a plena validade da regra legal que determina – tratando-se de qualquer dos crimes mencionados no diploma legislativo em questão – o cuprimento integral da pena em regime exclusivamente fechado (RTJ 147/598, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek). Essa circunstância, contudo, não autoriza o Tribunal *ad quem*, em sede de recurso exclusivo da Defesa, a reformar *in pejus* a decisão do magistrado de primeiro grau, se este – ainda que em divergência com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – considerou inconstitucional a norma consubstanciada no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, proferindo sentença que transitou em julgado para o Ministério Público. É que o princípio que veda a *reformatio in pejus* impede que o Tribunal – qualquer Tribunal –, julgando além ou fora da postulação recursal, venha, como no caso, no âmbito de recurso exclusivo da Defesa, a agravar a situação jurídico-penal do réu. Cumpre ter presente, por isso mesmo, a advertência constante do magistério doutrinário: *Embora a apelação permita o reexame da matéria decidida na sentença, o efeito devolutivo não é pleno, ou seja, não pode resultar do julgamento decisão desfavorável à parte que interpôs o recurso (...). Mas o Tribunal fica preso ao que lhe foi pedido, não se permitindo a decisão 'ultra' ou 'extra petitum'. Está proibida, assim, a 'reformatio in pejus': recorrendo o réu, não é possível haver reforma da sentença para agravar a sua situação..."* (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 644/645, 4.ª ed., 1995, Atlas). Indiscutível, portanto – como já ressaltado –, a relevância jurídica do pedido

ora formulado. O ilustre impetrante – após salientar que o paciente já cumpriu, em regime fechado, metade da pena de quatro (4) anos que lhe foi imposta – pretende que se lhe assegure o direito de ver apreciado, desde logo, o seu pedido de progressão para regime penal *mais brando* (fls. 14). Essa postulação cautelar – se deduzida com o objetivo de o Supremo Tribunal Federal conceder ao paciente, desde logo, a progressão de regime – revelar-se-ia inacolhível, eis que a jurisprudência desta Corte proclamado, reiteradamente, que *não cabe decidir, em sede de 'habeas corpus', matéria concernente à progressão do sentenciado no regime prisional, especialmente quando essa evolução depender da realização do exame criminológico ou impuser a análise ampla e profunda da situação jurídico-penal do condenado. A definição do regime penal deve constituir objeto de apreciação no juízo competente* (RTJ 141/877, Rel. Min. Celso de Mello). É que esta Corte assentou o seu entendimento *no sentido de que a passagem do condenado, de um regime de cumprimento de pena para outro, pressupõe o atendimento de condições objetivas e subjetivas para obtenção do benefício, circunstâncias que tornam impossíveis de serem examinadas na via do 'habeas corpus', dado o seu âmbito estreito* (HC 69.000-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.03.92 – grifei). Essa orientação, na realidade, ao traduzir a posição do Supremo Tribunal Federal no exame do tema, salienta competir ao Juiz das Execuções Penais, *a concessão do benefício da progressão no regime prisional, após os exames previstos no art. 112, par. ún., da Lei de Execução Penal* (HC 72.675-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa). No caso, contudo, o pleito é diverso, pois o ora impetrante pretende – considerada a extrema relevância jurídica de sua tese –, que meramente seja o paciente autorizado *a ter apreciado o seu pedido de progressão* (f.). Não vejo, contudo, como conceder a pretendida liminar, eis que ela, em última análise, corresponde ao próprio objeto da presente impetração, razão pela qual – considerada a natureza satisfativa do provimento cautelar requerido –, entendo indispensável o prévio e definitivo julgamento desta causa pelo Tribunal. Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, indefiro a liminar pleiteada. Requisitem-se informações ao Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, encaminhando-se-lhes cópia do presente ato decisório. Publique-se. Brasília, 07.03.1996. Min. Celso de Mello, Relator" (STF; HC 73.723-4, Distrito Federal; DJU 13.03.1996, p. 6.925).

22.3 Crime anterior à vigência da Lei 8.072/90

Nota: a corrente jurisprudencial majoritária entende que a vedação legal de progressão é norma de direito penal e, portanto, não pode retroagir para fulminar condenações por crimes praticados anteriormente à vigência da Lei 8.072/90 (25.07.90) ou, igualmente, da Lei 8.930 de 06.06.94 (nas hipóteses por esta acrescidas ao elenco original). Há porém um posicionamento minoritário e a nosso ver insustentável entendendo que tal vedação teria cunho meramente processual e, assim, poderia retroagir em desfavor do condenado.

22.3.1 Retroatividade da vedação de progressão

• "Ainda que o fato criminoso haja ocorrido antes da vigência da Lei 8.072/90, nada impede a imposição do regime fechado para cumprimento integral da pena, se essa determinação constou expressamente da sentença condenatória, com base em desvio de conduta do agente de personalidade não ajustada ao convívio social, tudo na linha de precedentes jurisprudenciais" (STJ, 6.ª T.; REsp. 26.854-4, Paraná; Rel. José Cândido de Carvalho Filho; DJU 22.11.1993, p. 24.980).

• "O princípio da progressão da pena previsto na LEP não se aplica aos casos especiais regulados pela nova Lei 8.072/90 que, sendo da mesma hierarquia, criou os chamados crimes hediondos, estabelecendo-lhes vedação textual à progressão, com a presunção legal que os autores desses delitos não têm mérito para tanto. Nesse sentido, ensina a doutrina que a progressão é inviável mesmo que esses sentenciados, antes da vigência da nova lei, já estivessem no semi-aberto, nesse caso devendo ver restabelecido o regime prisional fechado até que, eventualmente, possam obter o livramento condicional" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 185.205-3/8, Itapecerica da Serra; j. 21.08.1995, v. u., Rel. Sebastião Junqueira; red.).

22.3.2 Irretroatividade da vedação de progressão

• "Conforme a doutrina, o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 tem conteúdo de direito material e, por ser mais severo, não retroage para ser aplicável a crimes cometidos antes de 26 de julho de 1990" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 112.648-3/0, São Paulo; j. 07.10.1991, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 307.040).

• "O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 é norma de direito material, sujeita à proibição da retroatividade mais gravosa do art. 5.º, XL, da CF e do art. 2.º, § único, do CP, mesmo porque sua natureza impõe-se por sua essência e não pelo diploma legal em que se insere, não podendo ser processual a norma que interfere no exercício do *jus puniendi*, afastando o sistema progressivo para os delitos que contempla. Assim, cometido o delito anteriormente à vigência da lei dos crimes hediondos, pode o agente iniciar a execução da pena no semi-aberto ou no aberto, ou a eles ter acesso por progressão" (TJSP, 5.ª C. Crim.; HC 143.180-3/5, Cruzeiro; j. 15.04.1993, v. u., Rel. Dante Busana; red.).

• "Considerando que o paciente, condenado por tráfico de entorpecente, o foi quando ainda em vigor a Parte Geral do CP, ainda não reformada, cujo art. 30, § 5.º, I, ensejava o condenado não perigoso, cuja pena não ultrapassasse quatro anos, o regime aberto, sendo certo que a Lei 8.072/90 não tem efeito retroativo, concede-se, parcialmente a ordem, tão-somente para determinar a colocação do paciente em regime aberto de cumprimento de pena" (STJ, 6.ª T.; RHC 2.617-4, São Paulo; j. 20.04.1993, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 17.05.1993, p. 9.362; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 3, jul.-set. 1993; p. 267).

• "O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, não pode ser aplicado a delito praticado anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de ocorrer aplicação retroativa. Determinação, sem fundamentação, de que o regime inicial será o fechado. *Habeas-corpus* deferido e parte" (STF, 1.ª T.; HC 70.807-2; j. 16.11.1993, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 11.03.1994, p. 4.096; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 51).

• "I – *Atentado violento ao pudor, art. 214, Código Penal. Crime qualificado como hediondo pela Lei 8.072/90 que modificou a pena a ele cominada e fixou o regime fechado para o seu cumprimento.* Condenação que impõe a pena com base na redação anterior do art. 214 do Código Penal, vigente à época da infração, e fixa o regime fechado para o cumprimento da pena com base na Lei 8.072/90 que lhe é posterior. Impossibilidade em face do princípio de direito intertemporal *tempus delicti commissi regit actum* e da irretroatividade da lei mais gravosa. A lei mais benéfica deve ser aplicada na sua integridade. Por esta razão não se pode aplicar a pena mais branda cominada pela redação antiga do art. 214 do C. P. e impor-lhe o regime mais gravoso de cumprimento estabelecido pela Lei superveniente 8.07290. II – *Regime prisional. Normas que fixam a forma de cumprimento da pena. Natureza.* As normas que impõem a pena e a forma de sua execução têm a mesma natureza, são normas de direito substantivo; as penas e os regimes de seus cumprimentos vêm disciplinados no Código Penal" (STF, 2.ª T.; HC 71.009-3; j. 15.4.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 17.6.1994, p. 15.709; Bol. IBCCrim 18, jul. 1994, p. 59).

• "*Crimes de latrocínio e de ocultação de cadáver – Pena – Indeferim2ento de pleito de progressão para o regime semi-aberto – Aplicação do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos – Impossibilidade de aplicação retroativa da lei – Ofensa ao art. 5.º, XL, CF.* A vedação da progressão do regime penal, nos crimes hediondos constitui *lex gravior*, que não pode ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição. Precedentes: HC 71.009, HC 68.416. A norma que trata do modo de execução da pena é de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios *tempus delicti comissi regit actum* e da irretroatividade da lei mais gravosa" (STF, 2.ª T.; HC 71.363; j. 21.6.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 16.9.1994, p. 24.279; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 71).

• "Há tempos alterou-se o entendimento desta Câmara que, desde então, passou a admi-

tir que a Lei 8.072/90 é de natureza mista, com disposições de direito formal e de direito material. Seu art. 2.°, § 1.°, é desta última natureza, sujeito à proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais gravosa, de forma que, se o agente cometeu o delito anteriormente a sua vigência, pode iniciar a execução da pena no semi-aberto ou no aberto, ou a eles ter acesso por progressão" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 167.452-3/2, São Paulo; j. 22.5.1995, v. u., Rel. Sinésio de Souza; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 336.909).

• "Tratando-se de delito praticado antes da vigência da Lei 8.072/90, não incide a exclusão do sistema progressivo de cumprimento de penas para os chamados crimes hediondos, entre os quais, atualmente, o homicídio qualificado, de acordo com a Lei 8.930/94. Trata-se, de acordo com entendimento preponderante nesta E. Câmara, de regra de direito penal material, sujeita à proibição da retroatividade da lei mais gravosa, prevista noa CF, art. 5.°, XL e art. 2.°, par. ún. do Código Penal" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ap. 157.068-3/1, São Paulo; j. 15.2.1996, v. u., Rel. Augusto César; djt; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 405.101).

• *"Penal – Execução da pena – Direito intertemporal – Tráfico de drogas – Crime praticado antes do advento da Lei 8.072/90 – Regimes prisionais – Progressão: possibilidade – § 1.° do art. 2.° da Lei n. 8.072/90: inaplicabilidade – Obediência ao princípio da reserva legal – Recurso especial não conhecido.* I – O crime (tráfico de maconha) foi praticado em 29/03/90, ou seja, antes do advento da Lei n. 8.072/90. A vedação à progressão nos regimes prisionais, contida no § 1.° do art. 2.° da Lei n. 8.072/90, não alcança fato criminoso ocorrido antes do advento da denominada *Lei de Crimes Hediondos*, pois o dispositivo retro tem conteúdo penal material. II – Recurso especial não conhecido pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional" (STJ, 6.ª T.; REsp. 61.897, São Paulo; j. 11.3.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 20.5.1996, p. 16.745).

22.4 Vedação legal de progressão e coisa julgada

Nota: A rigor, o juízo de conhecimento não seria competente para dizer ou não quanto à aplicação da progressividade, pois a matéria é, por excelência, afeta ao juízo da execução (LEP, art. 66, III, *b*), cabendo àquele tão apenas a fixação do regime prisional inicial. De qualquer modo, havendo-o feito o momento dispositivo da decisão condenatória e assim sofrendo então o seu trânsito em julgado, não pode mais essa disposição ser reformada senão pelas vias desconstitutivas próprias e, principalmente, senão pelo órgão jurisdicional competente para essa desconstituição.

Vislumbra-se assim várias hipóteses, a saber:

a) o título condenatório silencia-se totalmente a respeito do regime prisional: cabe então ao juízo da execução decidir sobre a incidência ou não da vedação legal de progressão quando o regime originário é o fechado, podendo assim decidir quanto à constitucionalidade da vedação legal ordinária;

b) o título condenatório dispõe expressamente que o regime fechado tem caráter *inicial*: está implicitamente admitida, com o império da coisa julgada material, a possibilidade de progressão de regime, não mais cabendo ao juízo da execução questionar a constitucionalidade ou não da vedação legal ordinária mas, tão-somente, avaliar em concreto a presença dos requisitos temporal e subjetivos específicos (nessa linha de entendimento seguem os dois julgados abaixo do STF);

c) o título condenatório dispõe que a pena será cumprida sob o regime fechado ou, ainda, que será ela integralmente cumprida sob o regime fechado: o juízo da execução não tem mais como questionar a constitucionalidade da vedação legal de progressão, devendo extinguir eventuais pedidos que assim lhe forem apresentados sem o julgamento de seu mérito, por esbarrem no óbice da coisa julgada material, podendo a Defesa, por sua vez, apenas visar a desconstituição da coisa julgada material pelos caminhos próprios.

Há quem questione este último entendimento, alegando que, por dizer respeito ao controle de constitucionalidade, a matéria teria antecedência ao controle da *res judicata* (instituto sabidamente de Direito infra-constitucional). A objeção, porém, parece ser insubsistente, pois aquele controle (de constitucionalidade) já foi implicitamente operado e sua operação, na espécie, já transitou em julgado, não podendo ser reaberta por juízo do mesmo grau de jurisdição.

22.4.1 Possibilidade de progressão

• "Ao juiz da execução criminal não é lícito alterar os limites objetivos da pena imposta na sentença transitada em julgado, e principalmente para agravar a situação do condenado. É irrelevante que a sentença de mérito passada em julgado para todos, seja inconstitucional ou ilegal se não prejudica o réu. A coisa julgada é direito fundamental da parte. *Sententia facit de albo nigrom, de quadrato rotundum* (A sentença faz do branco, negro, do quadrado, redondo). Hipótese em que a sentença assegurou ao condenado possibilidade de progressão na execução da pena quando não poderia fazê-lo. Impossibilidade de correção ou modificação do decidido para agravar a situação do réu após o trânsito em julgado para a acusação. *Habeas corpus* concedido" (STJ, 6.ª T.; HC 2.145-2, Distrito Federal; j. 26.10.1993, v. u., Rel. Pedro Acioli; DJU 29.11.1993, p. 25.902; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 2, 5, jan.-mar. 1994; p. 200).

• "*'Habeas corpus' – Crime hediondo: tráfico de entorpecentes – Pena: cumprimento prisional: progressão – Coisa julgada – 'Reformatio in pejus'*. 1. O Juiz, ao fixar a pena na sentença condenatória, deve estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, do CP e art. 110 da LEP); cabe ao Juiz da execução determinar que a pena deve ser cumprida de forma progressiva (art. 112 da LEP). Impositivamente a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) fixa o cumprimento integral dessas reprimendas sempre no regime fechado. 2. Contudo, embora tratando-se de cumprimento de pena em regime fechado, se o Juiz faz literalmente constar na sentença condenatória que o réu cumprisse inicialmente a pena no regime fechado, e tendo esta decisão transitada em julgado, não há como reformá-la, sob pena de violação ao princípio da *ne reformatio in Pejus*. 3. A sentença trânsita em julgado que aplica o direito à espécie, bem ou mal, não mais pode ser revista pelo Tribunal *ad quem* quanto à possibilidade de progressão de regime concedida ao paciente, nem tampouco ao Juiz que a lavrou explicitar sua intenção, ao asseverar o regime inicialmente da pena. 4. Faz jus assim o paciente à progressão, obedecidos os critérios e requisitos subjetivos e objetivos do art. 112 e seu par. ún. da Lei de Execução Penal. 5. *Habeas corpus* conhecido e deferido" (STF, 2.ª T.; HC 72.897-9, Ceará; j. 12.9.1995, v. u., Rel. Maurício Corrêa; DJU de 20.10.1995, p. 35.260; Bol. IBCCrim 35, nov. 1995, p. 115).

• "1. O regime fechado imposto pelo art. 2.°, § 1.°, da Lei 8.072/90, aplica-se ao estupro simples e ao estupro tentado. 2. Tendo a sentença condenatória estabelecido o cumprimento da pena em regime *inicial* fechado, fica assegurado ao condenado o benefício da progressão, desde que obedecidos os critérios do art. 112 da Lei de Execução Penal. 3. *Habeas corpus* deferido, de ofício, para assegurar ao paciente a progressão no cumprimento da pena" (STF, 2.ª T.; HC 73.649-1, Rio Grande do Sul; j. 18.3.1996, v. u., Rel. Maurício Corrêa; extraído de DJU 31.5.1996, p. 18.802).

• "O § 1.° do art. 2.° da Lei 8.072/90 não é inconstitucional. Entretanto, é de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando, por equívoco, o MM. Juiz da ação principal, embora condenando o réu pelo crime do art. 214 do CP, considerado hediondo, estabeleceu que apenas o início do cumprimento da pena corporal seria fechado, deixando, assim, aberta a possibilidade de progressão de regime prisional, o que foi confirmado pelo Tribunal *ad quem* quando do julgamento da respectiva apelação, já que não se poderia então agravar a situação do recorrente diante da inexistência de reclamação da acusação quanto a esse ponto, formando-se, portanto, a coisa julgada que não pode ser depois modificada. Nesse sentido é o precedente deste Sodalício: *Pena – Execução – Progressão – Tráfico de tóxico – Regime fechado estabelecido na sentença condenatória apenas para o início do cumprimento da pena – Ausência de recurso da Acusação – Progressões admissíveis – Respeito à coisa julgada – Agravo provido* (JTJ 168/326). Assim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão almejada, o benefício não pode ser negado" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 208.243-3/6, São Paulo; j. 19.11.96, v. u., Rel. Hélio de Freitas; red.).

22.4.2 Impossibilidade de progressão

• "Denega-se a progressão ao semi-aberto quando o condenado praticou crime considerado

hediondo, sendo que a expiação, nesses casos, deve ser cumprida integralmente em regime de total segregação, mesmo porque, conforme bem salientado no parecer da Procuradoria de Justiça, eventual entendimento em contrário seria afronta o v. acórdão que determinou o desconto da reprimenda em regime fechado" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 214.684-3/7, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

22.5 Condenado estrangeiro

Nota: não há fundamento jurídico para a negativa, em abstrato, da progressão de regime prisional a condenado estrangeiro em razão dessa sua qualidade: o que se vislumbra, nesse tema, é um atentado direto e insustentável ao princípio da isonomia. Sequer para a prisão albergue domiciliar (PAD) seria admissível tal diferenciação, pois mesmo o estrangeiro pode subscrever declaração de moradia no Brasil especificamente até o final de cumprimento de sua pena. De resto, o trabalho prisional é sempre facultativo, não se podendo negar a progressão porque o estrangeiro não pode aqui trabalhar legalmente (mesmo porque, fosse o caso de admitir esse raciocínio por se entender que o trabalho prisional é obrigatório, então também não teria o estrangeiro como ser admitido sequer no regime fechado, regime que também implica o exercício desse trabalho). Esquecida também a evidência de que, mesmo no semi-aberto, é plenamente possível e comum a prática do trabalho interno (afinal, que outras pessoas cuidariam da faxina de nossos semi-abertos que não os próprios presos?). Por outro lado, não cabe ao julgador presumir abstratamente que o condenado irá se evadir e, assim, invocar cautelas sem os elementos de convicção que lhes são específicos.

22.5.1 Possibilidade

• "Ao cumprir a pena reclusiva que lhe foi imposta, pelo fato de ser estrangeiro ou estar a viver problemas administrativos pelas disposições da Lei 6.815/80, o preso não pode estar sujeito a tratamento diverso do brasileiro que estivesse na mesma situação, pois também aquele vive em solo pátrio e permanece sob o *munus* estatal, como cumpridor da pena que aqui lhe foi imposta, passando a figurar como estrangeiro residente, tendo todos os direitos, deveres e garantias dos brasileiros (CF, art. 5.º, *caput*), não tendo o termo *residente* a mesma conotação do Direito Privado. Outrossim, se a própria lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu, também um simples decreto de expulsão não pode retroagir quando, ao tempo do crime ou mesmo da condenação, não estava ele formalizado, mesmo porque o direito à progressão de regime insere-se como direito subjetivo público do sentenciado, integrando o rol dos direitos materiais penais, revestidos pela proteção da norma constitucional intertemporal. Ademais, a decretação da expulsão não tem efeito decisivo no campo penal, sendo fenômeno pertinente a campo da atuação estatal administrativa, estabelecendo o art. 67 da Lei 8.815/80 uma separação contundente desses dois mundos. Não se admite o argumento de que o apenado com expulsão já determinada não pode ser progredido por estar inapto a trabalhar e a ressocializar-se no meio cujo acesso lhe é vedado, pois a progressão não existe apenas *pro societate*, mas se impõe como vantagem pessoal do apenado, aliviando-lhe substancialmente a carga punitiva" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 182.365-3/5, São Paulo; j. 19.06.1995, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; red.).

• *"Progressão – Réu estrangeiro com édito expulsório – Admissibilidade – Agravante que atendeu ao requisito objetivo e subjetivo – Situação administrativa que não se confunde, nem se interpenetra com a situação penal – Hipótese em que ao se encontrar sob o munus estatal, passa a figurar como estrangeiro residente – Proteção constitucional – Inteligência do art. 5.º da CF – Impossibilidade de distinção – Progressão deferida – Recurso provido.* Ao ser recolhido a estabelecimento penal brasileiro, oficializa o apenado a sua presença no solo pátrio e ao permanecer sob o *munus* estatal, como cumpridor de pena que aqui lhe foi imposta, passa a figurar como estrangeiro residente, e nos termos do art. 5.º da CF, todos os direitos e garantias outorgadas aos brasileiros, também o são aos estrangeiros residentes no País" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 182.365-3/5, São Paulo; j. 19.07.1995, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; Bol. IBCCrim 36, dez. de 1995, p. 120).

22.5.2 Impossibilidade

• "Sob pena de frustrar-se eventual ordem de expulsão, não é conveniente e oportuna a

progressão ao semi-aberto de estrangeiro com processo de expulsão em andamento, sendo prudente e sensato o indeferimento da medida" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 181.639-3/9, São Paulo; j. 14.08.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

• "Em que pese o preenchimento do requisito temporal e as conclusões favoráveis da CTC e do exame criminológico, não deve ser deferida a progressão ao regime semi-aberto de condenada estrangeira que não possui residência fixa no Brasil, nada existindo que a vincule a este País. Ademais, é da essência do semi-aberto que a reeducanda se dedique a atividade laborativa, desenvolvida em ambiente externo ao estabelecimento prisional. Assim, não se vislumbra a possibilidade legal (confira-se o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80) de alguém que está em situação irregular no País vir a atender tal obrigação decorrente da própria LEP. Acresce-se estar em tramitação no Ministério da Justiça processo de expulsão da pretendente, ora sobrestado aguardando o resultado do recurso extraordinário interposto perante o e. STF, para ser então submetido ao Juízo Presidencial. Assim, embora não exista ainda decreto de expulsão, o processo expulsório está em curso e apenas aguarda, para seu desfecho, o resultado daquele recurso, não sendo conveniente, por ora, a concessão da pretendida progressão, sob pena de frustrar eventual ordem de expulsão. Nesse sentido: *A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. 'Habeas corpus' conhecido, mas indeferido* (STF, 2.ª T., HC 68.135, Paraná, j. 20.08.91, v. u., Rel. Paulo Brossard, RTJ 139/527). No mesmo sentido: *Não é de ser concedido o regime semi-aberto ao estrangeiro condenado no Brasil e cuja expulsão foi decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, à igualdade do que ocorre com o estrangeiro que se encontra no território nacional e que, condenado, não pode obter liberdade condicional, a teor do disposto no art. 1.º do Dec. Lei 4.865/42* (STF, RHC 64.643-3, São Paulo, j. 18.12.86, Rel. Aldir Passarinho, RT 616/405). E outra não tem sido a orientação do C. STJ: *Impossível a concessão do benefício da progressão ao regime semi-aberto sem tornar vulnerável a expulsão, já decretada, logo após o cumprimento da pena. Precedentes do STF. Ordem denegada* (STJ, HC, j. 26.10.93, Rel. José Dantas, DJU 20.06.94, p. 16.123). À evidência, não se pode pretender a compatibilização das benesses do estágio semi-aberto com o decreto expulsório que, ora sobrestado, quando promulgado geraria impedimento prático de execução" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 211.074-3/1, São Paulo; j. 19.08.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

• "Em que pese o preenchimento do requisito temporal e a conclusão favorável da CTC, não é de ser deferida a progressão ao regime semi-aberto quando o reeducando é estrangeiro e não possui residência fixa no Brasil, nada existindo que o vincule a este País. Ademais, é da essência do regime mais brando que se dedique o reenducando à atividade laborativa, desenvolvida em ambiente externo ao estabelecimento penal. Assim, não se vislumbra a possibilidade legal (Estatuto do Estrangeiro) de alguém que está em situação irregular no Brasil vir atender àquela obrigação decorrente da própria LEP. Acresce-se que, embora não exista ainda decreto de expulsão, o processo expulsório está em curso e apenas aguarda resultado de recurso extraordinário interposto, não sendo conveniente, por ora, a concessão da pretendida progressão, sob pena de frustrar eventual ordem de expulsão" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 215.429-3/1, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

22.6 Ações penais de conhecimento ou inquéritos pendentes

Nota: não há porque confundir, embora muitos insistam em fazê-lo. Inquéritos policiais, ações penais em geral (com ou sem condenação recorrível ou prisão processual já formalizadas) em andamento não impedem a progressão em qualquer hipótese e, muito menos, o julgamento do pedido (salvo, é claro, quando houver pedido formalizado da Defesa quanto à suspensão do julgamento da progressão, pois esta é faculdade do condenado).

Há aqui dois fundamentos a serem observados:

a) antes de mais nada, a presunção constitucional de inocência, imperiosa e decisiva por si própria, exigindo que não se tome a existên-

cia de meras imputações como premissa para a restrição de direitos em outro processo: é manifesto que essa presunção de inocência não desempenha no nosso sistema legal papel puramente figurativo;

b) o segundo fundamento é, ao mesmo tempo, jurídico e lógico, pois sequer é necessária a exigência da erroneamente denominada "situação processual definida" para que se aprecie um pedido ou incidente de progressão de regime prisional. Ora, não cabe ao Juízo da execução, sob qualquer pretexto, à distância das informações técnicas mínimas e não sendo a autoridade jurisdicional competente para fazê-lo, instrumentalizar seu processo de execução para, às avessas, com ele decretar uma espécie de prisão processual por processo de competência de outro Juízo (aquele de conhecimento). Imaginemos o absurdo: o próprio Juízo de conhecimento admite que o réu responda ao processo até mesmo solto, mas o Juízo da execução decide manter o mesmo homem sob o regime fechado exatamente porque responde ele àquele outro processo. Tal hipótese é absurda mas, infelizmente, bastante freqüente em julgados a respeito de execução penal.

Necessário então delimitar: sendo o caso de prisão processual, e uma vez decretada ou mantida esta pelo Juízo de conhecimento competente, o Juízo da execução poderá mesmo assim deferir a progressão de regime, ficando a advertência de que, então, a medida de transferência apenas poderá ser efetivada pela autoridade administrativa caso o título daquela prisão ainda provisória seja compatível com o novo regime prisional (p. ex., uma condenação ainda recorrível também a regime semi-aberto; ou também a regime aberto). Caso contrário, admitido que esse título em princípio é compatível apenas com o regime fechado (aquele que, aliás, melhor se adequa à natureza da maioria das prisões processuais), então a transferência não deverá ser efetivada pela autoridade administrativa até final solução da prisão processual. Em sendo esta adiante revogada (pelo Juízo de conhecimento), procede-se à transferência de imediato; adquirindo definitividade (ou seja, transitando em julgado a nova condenação), a LEP é então rica ao dispor sobre sua recepção pelo processo de execução (art. 111, par. ún.). Em suma, pese a existência de feitos em andamento, não há porque adiar a decisão de progressão: porventura deferida, a ordem de transferência oriunda do Juízo da execução deve ser cumprida pela autoridade administrativa com a mesma disciplina reservada a um alvará de soltura, isto é, como uma ordem clausulada. Vemos, portanto, o quão irracional é postergar a decisão do incidente de progressão (ou, pior ainda, indeferir a progressão) apenas porque há feitos em andamento (qualquer que seja seu estágio). O Direito e a lógica assim não exigem, antes repelindo tal exigência de todo arbitrária.

22.6.1 Possibilidade

- "Não impede a concessão de regime aberto, na versão de albergue domiciliar, a existência de processos pendentes de julgamento, pois, de acordo com manifestações de nossos pretórios, há de dominar a presunção de inocência, somente afastada quando se assentar em definitivo a culpabilidade" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ap. 369.959/6, São Paulo; j. 03.09.1984, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; tj 06.10.1984; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 231.912).

- "O fato de estar o condenado respondendo a outros processos não constitui, por si só, causa impeditiva da prisão albergue, consoante se infere do disposto no art. 6.º da Lei estadual 1.819/78" (TJSP, 3.ª C.; Ap. 29.337-3, Marília; j. 12.11.1984, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 593/307).

- "A não ser que o pretendente esteja preso provisoriamente, caso em que deve aguardar o julgamento na Cadeia Pública (LEP, art. 102), a progressão ao regime semi-aberto é de rigor quando atendidos os requisitos objetivo e subjetivo, com parecer favorável da CTC, não sendo óbice a existência de outro processo em andamento, sem trânsito em julgado e sem carta de guia, pois é sabido que a somatória das penas, para a definição de regime prisional, só tem cabimento após o trânsito em julgado da condenação" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 906.137/0, São Paulo; j. 28.09.1995, v. u., Rel. José Habice; tj 05.12.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 306.902).

22.6.2 Impossibilidade

- "Para a progressão ao regime semi-aberto é preciso que o preso tenha definida sua situação processual e que, caso não haja ainda

adquirido a necessária maturidade, desconte mais algum tempo da pena, demonstrando assim sua efetiva adaptação a regime prisional menos rigoroso" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 169.018-3/7, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Renato Talli; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 326.131).

• "O juiz não está adstrito à conclusão favorável da equipe técnica, pondendo decidir contrariamente se, no cotejo com outros elementos, constatar que o penitenciário não está em condições de ser transferido para regime mais brando, registrando falta disciplinar grave indicativa de seu demérito e respondendo ainda a processos e inquéritos em andamento, encontrando-se na dependência de sofrer novas condenações em regime fechado, com o risco de vir a frustrar, pela fuga, as futuras possíveis execuções. Nessas situações, cumpre aguardar a solução dos feitos em andamento, sem prejuízo de renovação do pedido em caso de desfechos favoráveis" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 925.277/1, São Paulo; j. 21.03.1995, v. u., Rel. Lopes da Silva; tj 06.06.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 364.309).

• "Indefere-se pedido de progressão ao semi-aberto quando o condenado, havendo sido condenado por delito de tráfico de entorpecentes, ostenta outro inquérito policial versando o mesmo tipo de delito, sem notícia de seu desfecho, de molde a tornar ilíquido o seu pretendido direito quanto à mudança de regime, de fechado para o semi-aberto" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 211.881-3/4, São Paulo; j. 24.09.96, v. u., Rel. Emeric Levai; red.).

22.6.3 Critérios

• "O advento de condenação recorrível impede a progressão quando a soma das penas for superior ao teto para a fixação do semi-aberto ou, ainda, quando não ultrapassado 1/6 do total dessas penas" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 834.325/1, São Paulo; j. 01.12.1993, v. u., Rel. Walter Swensson; tj 06.04.1994; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 359.332).

22.7 Prisão processual vigente: impossibilidade

• "Não é obstáculo à progressão ao semi-aberto a situação processual indefinida, desde que inexista prisão processual, em qualquer de suas modalidades" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 834.325/1, São Paulo; j. 01.12.1993, v. u., Rel. Walter Swensson; tj 06.04.1994; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 359.332).

22.8 Progressão em habeas corpus

Nota: em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para o deferimento da progressão: a exceção diz respeito àqueles casos, aliás raríssimos, em que o Juízo da execução, reconhecendo embora a presença dos requisitos específicos, não admitiu a progressão por fundamentos técnico-abstratos. Se o Juízo da execução não apreciou a presença desses requisitos específicos, não caberá o *habeas corpus* para o deferimento da progressão, sob pena de infração ao duplo grau de jurisdição.

Mas o *habeas corpus* serve porém para outras situações, podendo ser empregado não propriamente para que por ele se decida quanto à progressão, mas sim para que por ele se determine a pronta decisão do Juízo da execução, de instância inferior, quando tal decisão já se retarda injustificadamente. Assim também é empregado o *habeas corpus* para que o condenado possa aguardar a decisão quanto a sua progressão já sob o regime mais brando, a título provisório.

22.8.1 Possibilidade

• *"Constitucional – Processual penal – Progressão de regime prisional – Indeferimento – Lesão ao direito de locomoção – 'Habeas corpus' – Remédio processual idôneo.* O indeferimento do pedido de progressão de regime prisional, no qual se alega a presença dos requisitos próprios, consubstancia lesão ao direito de locomoção, susceptível de ataque por via de *habeas-corpus. Habeas-corpus* parcialmente concedido, para que o pleito seja apreciado pelo Tribunal" (STJ, 6.ª T.; HC 4.193, São Paulo; j. 11.03.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.740).

22.8.2 Impossibilidade

• *"Habeas corpus.* Prisão albergue. Dependente a concessão de prisão albergue de complexa prova e de ampla discricionaridade

do juízo das execuções, não se presta a solução por via do *habeas corpus*. *Habeas corpus* indeferido" (STF, 1.ª T.; HC 61.701-8, São Paulo; j. 08.05.1984, v. u., Rel. RAFAEL MAYER; RT 595/473).

• "Por exigir circunstanciado exame de prova, tem-se o *habeas corpus* como inidôneo para apreciar pedido de progressão no regime prisional" (STJ, 6.ª T.; HC 1.519-7, Mato Grosso; Rel. José Cândido; DJU 15.02.1993, p. 1.701).

• "A progressão no regime prisional não é matéria que possa ser decidida ou reapreciada com segurança no rito especial e sumário do *habeas-corpus*, salvo algumas exceções onde fica caracterizada coação ilegal, eis que depende de valoração dos seus requisitos objetivos e subjetivos e exame aprofundado de provas, inclusive pericial" (STF, 2.ª T.; HC 69.948-1, Rio de Janeiro; Rel. Paulo Brossard; DJU 26.03.1993, p. 5.006).

• "*Pena privativa de liberdade – Execução.* Regime prisional. Progressão. Necessidade de examinar os requisitos objetivos e subjetivos, bem como os pressupostos para a sua concessão. Impossibilidade de aferição na via estreita do *writ*. Ordem indeferida" (STF, 2.ª T.; HC 70.161-2; j. 17.08.93, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 19.11.93, p. 24.660; Bol. IBCCrim 13/38).

• "*Execução penal – Progressão de regime de cumprimento de pena – Paciente que sofreu regressão ao regime fechado por motivo de fuga – Pedido de nova progressão.* Apreciação inviável na via do *habeas corpus* por depender de exame de circunstâncias subjetivas, relacionadas com a conduta carcerária do condenado. Recurso de *habeas corpus* improvido, com recomendação de maior celeridade na apreciação do processo relacionado com a pretensão do paciente" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.335-5, São Paulo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 28.2.1994, p. 2.905; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n. 6, abril-junho 1994; p. 242).

• "Impossibilidade, em *habeas-corpus*, de discutir as condições pessoais do sentenciado, com vistas ao deferimento de progressão a regime semi-aberto, pendente como se faz o *decisum* de exame de fatos e provas. Precedente do STF: HC 66.253. Pedido conhecido, mas indeferido, com apoio no segundo fundamento do Acórdão, pela falta de preenchimento dos requisitos subjetivos do benefício indeferido, matéria cuja indagação não cabe nos estreitos limites do remédio eleito" (STF, 2.ª T.; HC 71.363; j. 21.06.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 16.09.1994, p. 24.279; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 71).

• "O *habeas corpus*, como é cediço, é remédio contra o constrangimento ilegal, evidente, claro, indisfarçável, e que, de pronto se revela ao exame do julgador. Não se presta, certamente, à correção de equívocos que, mesmo se existentes, têm sua percepção e reconhecimento subordinados ao exame e à consideração aprofundada da prova ou de dados que tenham servido de suporte à deliberação atacada. O *habeas corpus* é remédio constitucional que, *ictu oculi*, se percebe caracterizador de constrangimento ilegal e que, como tal, atinge o direito líquido e certo do cidadão, que, ao ser assim atingido, tem comprometida, efetiva ou potencialmente, a liberdade. Ora, ao deferimento do regime semi-aberto não basta o decurso de certo tempo de vida carcerária. Cumpre revele o condenado, igualmente, aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade, para que possa merecer os favores do regime mais brando. É mister que o pretendente à evolução se mostre apto e propenso ao trabalho, vinculado à família e à casa, com residência certa, não itinerante. A verificação de tais pressupostos, porém, não se adequa à índole do *habeas corpus*. Exige exame percuciente e detalhado da prova, análise cuidadosa do comportamento social e psiquiátrico do condenado, pesquisa atenta de sua aptidão geral para a evolução que pretende alcançar. Como, então, tal análise não se mostra própria ao âmbito estreito do *habeas corpus* e admitindo a lei recurso específico contra a decisão que indefere benefícios em sede de execução penal, o remédio heróico se mostra via mal eleita para o fim pretendido, não se conhecendo da impetração" (TJSP, 2.ª C. Crim.; HC 183.959-3/3, São Paulo; j. 17.04.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 306.931).

• "Pedido de progressão para o regime semi-aberto não pode ser decidido em sede de *habeas corpus*, que exige a evidência do constrangimento ilegal, sem aprofundar-se no âmago da pretensão" (TJSP, 3.ª C. Crim. Férias; HC 186.128-3/3, São Paulo; j. 31.07.1995, v. u., Rel. Linneu Carvalho; 1.ª inst.-VEC/SP 306.931).

• "*Execução penal – Progressão – 'Habeas corpus' – Exame – Possibilidade – Quando.* 1. O recurso de agravo previsto em LEP, assim como ocorre com o recurso de apelação, por si, não impede a impetração e o conhecimento de *habeas corpus* com vistas a afastar a ilegalidade flagrante ou abuso de poder no indeferimento de progressão no regime prisional. O que não se pode fazer é aprofundar exame de provas ou se avaliar os requisitos subjetivos em que se alterou a decisão para indeferir a progressão de um regime para outro. 2. Tem-se abusado do *habeas corpus* pretendendo fazê-lo remédio para todos os males, esquecidos os recursos específicos postos na lei e que proporcionam amplo exame fático na matéria. No caso, assim se procedeu. Indeferida a progressão, deixou-se de interpor o agravo previsto na LEP. Pretende-se, agora, via esse *writ* se adentre no exame do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que determinaram o julgamento do pedido, o que, com total pertinência, foi negado pelo Tribunal recorrido. 3. Conhecendo-se, embora do pedido como substitutivo do recurso ordinário, denega-o" (STJ, 5.ª T.; HC 3.571-2, São Paulo; j. 30.08.95, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 25.09.95, p. 31.115; RBCCrim 13/371).

• "*'Habeas corpus' – Estelionato – Indeferimento de pedido de regime aberto – Constrangimento ilegal não caracterizado.* 1. Paciente condenado pelo Juízo Federal da 3.ª Vara Criminal em São Paulo, à pena de dois anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, por violação ao disposto no art. 180, § 4.°, do CP, tendo a decisão sido confirmada por esta Egrégia Corte Regional. 2. Consta, ainda, que perante o Juízo das Execuções Penais, o paciente pleiteou os benefícios do regime aberto, invocando os mais variados problemas do sistema penitenciário. Não obstante, como se pode constatar às (f.) da impetração, o MM. Juiz impetrado não conheceu do pedido formulado, tendo em vista o trânsito em julgado da decisão impositiva de regime diverso, não constando dos autos o recolhimento do paciente à prisão, não tendo sido cumprido, portanto, o requisito temporal previsto. 3. Outrossim, como é cediço, o *habeas corpus* não é a via adequada para a obtenção de progressão de regime prisional, questão esta que deve ser apreciada, sempre, em sede de execução penal. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada" (TRF 3.ª Reg., 1.ª T.; HC 93.03.073001-1, São Paulo; j. 19.09.95, v. u., Rel. Pedro Rotta; DJU 06.02.96, p. 4.871; RBCCrim 14/439).

• "*Recurso ordinário de 'habeas corpus'.* Além de o *habeas corpus*, por via de regra, não ser o meio processual hábil para o exame do preenchimento, ou não, do requisito subjetivo exigido pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais, não há nos autos sequer a manifestação do Ministério Público e o teor da decisão que não acolheu os laudos criminológicos, elementos esses em que se baseou, também, o indeferimento da progressão pretendida, e, portanto, indispensáveis para a sua apreciação. Recurso ordinário a que se nega provimento" (STF, 1.ª T.; HC 73.154-6, Rio de Janeiro; j. 24.10.1995, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 23.02.1996, p. 3.625).

• "*Processual penal – 'Habeas-corpus' – Mudança de regime prisional – Remédio processual impróprio – Constrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade.* – Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne à pedido de mudança de regime prisional. Precedentes do STJ. – O *habeas-corpus*, remédio constitucional assecuratório da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. – Recurso desprovido" (STJ, 6.ª T.; HC 5.114, Rio Grande do Norte; j. 11.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.666).

• "*Processual penal – 'Habeas-corpus' – Mudança de regime prisional – Remédio processual impróprio – Constrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade.* – Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne à pedido de mudança de regime prisional. Prece-

dentes do STJ. – O *habeas-corpus*, remédio constitucional assecuratório da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. – Recurso desprovido" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.102, Rio Grande do Norte; j. 12.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 04.03.1996, p. 5.421).

• *"Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Progressão a regime semi-aberto – Requisito subjetivo – Lei 7.210, de 1984, art. 112.* I. – Impossibilidade do reexame, no *habeas corpus*, do laudo criminológico que conclui desfavoravelmente à progressão da pena por falta de preenchimento do requisito subjetivo exigido pela lei (Lei 7.210/84, art. 112). II. – Precedentes do STF: HC 68.276-SP e HC 69.739-SP. III. – *H. C.* indeferido" (STF, 2.ª T.; HC 73.225-9, Rio Grande do Sul; j. 12.12.1995, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 22.03.1996, p. 8.208).

• *"Direito penal e processual penal – Regime de cumprimento de pena – Progressão para o semi-aberto.* 1. Havendo a decisão de 1.º grau e o acórdão, que a confirmou, demonstrado, com base nas provas, que o paciente, embora satisfaça ao requisito temporal, não preenche os demais relativos ao mérito (§ 3.º do art. 33 c/c art. 59 do C. Penal e art. 112 da Lei de Execuções Penais), não é o *habeas corpus* instrumento adequado a sua revisão. 2. Precedentes do S. T. F. 3. *H. C.* indeferido" (STF, 1.ª T.; HC 73.139-2, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 15.03.1996, p. 7.204).

• *"Criminal – Pena – Regime de cumprimento.* 'Habeas corpus'. Incensurabilidade de sua denegação, na origem, desde a carência da pretendida progressão do regime carcerário" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.107, Rio Grande do Norte; j. 06.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.414).

• *"HC – Progressão de regime prisional – Negativa – Inocorrência de constrangimento ilegal – Recurso de agravo já interposto.* Não é o *habeas corpus* meio idôneo para apreciação do indeferimento de postulação visando a evolução de regime prisional, mormente quando pendente recurso de agravo contra a decisão monocrática, oportunidade em que se poderá, com maior amplitude apreciar o mérito do pedido. Ordem denegada" (STJ, 5.ª T.; HC 4.429, São Paulo; j. 25.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 29.04.1996, p. 13.426).

• *"Criminal – Pena – Regime de cumprimento. 'Habeas corpus'.* Incensurabilidade de sua denegação, na origem, desde a carência da pretendida progressão do regime carcerário" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.341, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.03.1996, p. 14.435). No mesmo sentido: 1) STJ, 5.ª T; RHC 5.348, Rio Grande do Norte; j. 26.03.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435; 2) STJ, 5.ª T.; RHC 5.352, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435; 3) STJ, 5.ª T.; RHC 5.355, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435.

• *"Penal – 'Habeas corpus' – Regime prisional – Condições.* Não é o *habeas corpus* a via própria para reconhecer o direito à progressão no regime prisional, porquanto dependente de cumprimento de requisitos que envolvam o exame de aspectos fáticos. Recurso desprovido" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.338, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 10.06.1996, p. 20.392).

• "Pacífico o entendimento jurisprudencial de que o *habeas corpus* não se presta para a aferição dos requisitos necessários à progressão do regime prisional, mormente no presente caso em que o impetrante-recorrente nem mesmo comprova ter requerido nova progressão ao Juízo da execução" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.337, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881). No mesmo sentido: a) STJ, 5.ª T.; RHC 5.375, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.882; b) STJ, 5.ª T.; RHC 5.350, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881.

• "De acordo com o sistema vigente, todos os incidentes da execução têm caráter jurisdicional e se desenvolvem, primeira e forçosamente, perante o Juízo da Execução (art.

66, III, *b*, da LEP) e, ao depois, através de agravo, na Superior Instância para que a matéria seja amplamente apreciada. Na realidade, para a concessão de regime prisional mais brando, exige-se aprofundado exame sobre o comportamento carcerário anterior do interessado, para averiguar o senso de responsabilidade; outros requisitos legais também hão de ser sopesados. Tal análise não pode ser feita no estreito âmbito do *mandamus*, principalmente quando o pedido não está suficientemente instruído. Por sinal, a Suprema Corte já decidiu não ser o *habeas corpus* meio idôneo para dispor-se sobre regime de cumprimento de pena, pela necessidade da verificação de condições subjetivas do condenado (RT 632/364)" (TJSP, 2.ª C. Crim.; HC 221.505-3/8, São Paulo; j. 09.12.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

22.9 Requisito temporal: natureza jurídica

Nota: chegou-se a pensar, no processo acadêmico de elaboração da LEP, na abolição do requisito temporal para a progressão de regime prisional, acabando-se por sua redução a uma cifra mínima (um sexto). No direito comparado, há o registro da lei italiana que não admite o ingresso no equivalente ao semi-aberto quando ainda resta a cumprir mais de cinco anos. De qualquer modo, em nosso próprio Direito o requisito temporal diz respeito precipuamente ao chamado *tempo de reflexão*, entidade aliás bastante polêmica e complexa. Ou será que não estaríamos na verdade diante de um *mínimo retributivo*? A definição da exata natureza desse requisito é questão prévia inadiável para sua operatividade: os partidários da primeira noção podem em princípio admitir mesmo a relatividade da presunção legal que, assim, admitiria prova em contrário (e, conseqüentemente, a sua dispensa); já os partidários do *mínimo retributivo* estarão atados ao caráter absoluto desse requisito que, portanto, será imperioso e incontornável.

Nossa posição decorrerá, então, do nosso posicionamento acerca da teoria da pena como um todo. De nossa parte, entendemos que toda e qualquer concepção retributiva está plenamente expurgada do sistema da execução penal, de forma que não dispomos de meios para ver, no requisito temporal, outra natureza que não a de uma presunção legal relativa, atinente a uma finalidade maior que, todavia, pode estar satisfeita com antecedência, em concreto.

Outra conseqüência das mais relevantes da definição: o pressuposto do *mínimo retributivo* reclama que aquele um sexto seja contado sempre, em qualquer dos estágios da execução, em vista do total da pena exeqüenda (como aliás pode ser extraído da literalidade do art. 112 da LEP), enquanto que a natureza de um *mínimo de reflexão* determina a contagem desse um sexto tendo por base o que então restava de pena quando do ingresso do condenado no regime originário, pois o que realmente interessa aos fins do Direito é a reflexão que o condenado possa obter nesse regime antecedente e não aquela operada em tempos mais longínquos, em circunstâncias e estágios totalmente diversos. Imagine-se a hipótese de um condenado a seis anos de reclusão que ingressou no semi-aberto quando já cumpria três anos: para a primeira posição, precisará ainda cumprir mais um ano para postular o aberto; para a segunda, precisará cumprir apenas seis meses.

Porventura imposta pena de qualidade mais gravosa (p. ex., com a vedação de progressão com coisa julgada), esta será cumprida primeiramente (CP, art. 76), ainda que suspendendo o curso das demais, o qual será retomado após o cumprimento integral daquela. Para a nossa posição, nesse caso o condenado contará aquele um sexto de regime fechado, para postular o semi-aberto, inclusive sobre o tempo que cumpriu pela pena mais gravosa, via de regra não precisando assim cumprir um sexto da pena não gravosa.

• "Os estágios da progressão foram instituídos não apenas para proveito do penitenciário, mas também com vistas à segurança da sociedade, que conta com a adaptação do preso cumpridor de penas alongadas na mudança de uma custódia hermética para outra sujeita à liberdade relativa, justamente para que não se verifiquem passagens abruptas de uma situação para outra, a ensejar choques por falta de adequada preparação" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 212.310-3/7, São Paulo; j. 17.09.96, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; red.).

22.10 Requisito temporal: um sexto do total da condenação

• "O cálculo de 1/6 da pena a que, para fins de progressão de regime de seu cumpri-

mento, se refere a parte final do art. 112 da Lei de Execução Penal tem como base a pena imposta na sentença que se está executando, e não o tempo que resta da pena. Inadmissibilidade, no caso, de aplicação analógica do art. 113 do Código Penal" (STF, 1.ª T.; HC 69.975-8, Rio de Janeiro; Rel. Moreira Alves; DJU 05.03.1993, p. 2.898).

22.11 Requisito temporal: um sexto do que restava de pena quando do ingresso no regime antecedente

• "Para a progressão ao regime aberto é necessário que o pretendente tenha cumprido pelo menos um sexto do que então lhe restava de pena privativa de liberdade quando de sua progressão ao semi-aberto, sem o que não atende ele o requisito temporal" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 132.827-3/3, São Paulo; j. 25.03.1993, v. u., Rel. Cunha Bueno; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 210.941).

22.12 Requisito temporal e longa pena a cumprir

Nota: em princípio, uma vez cumprido singelamente o requisito temporal como previsto na lei, não cabe ao Juiz, a pretexto de ainda faltar longo tempo de pena a cumprir, buscar estabelecer novos limites temporais à revelia daqueles já instituídos pelo legislador ordinário no regular exercício de sua exclusiva competência constitucional. Assim, atendido o lapso temporal, deve o Juiz passar ao exame exclusivo das condições subjetivas do condenado, sem permitir que sua avaliação destas condições seja afetado pela quantidade de pena que ainda resta a cumprir.

22.12.1 Deferimento

• "O simples fato do sentenciado ostentar várias condenações, ou ter longo período de pena por cumprir, não significam que não esteja habilitado à progressão ao semi-aberto, onde, ademais, continuará sob observação" (TACRIM-SP, 3.ª C.; Ag. Exec. 884.059/3, São Paulo; j. 09.08.1994, v. u., Rel. Ciro Campos; tj 16.09.1994; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 201.121).

• "Longa pena a cumprir não é argumento suficiente para a denegação do pedido de progressão ao semi-aberto, pois quanto maior a pena aplicada, maior o tempo exigido de efetivo cumprimento da reprimenda, para a concessão da progressão" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 941.975/5, São Paulo; j. 21.06.95, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; red.).

22.12.2 Indeferimento

• "Deve ser dilatado o lapso temporal necessário para a progressão ao semi-aberto quando o preso, condenado em diversos processos, suportando longa pena ainda a cumprir, já gozou anteriormente de progressão e voltou a reincidir após evasão do regime intermediário" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 98.036-3, São Paulo; j. 19.12.1990, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 158.261).

• "O dever funcional de preservação da segurança social, em sua parcela atribuível ao juiz, impõe remeditar a concessão de progressão ao regime semi-aberto ao condenado por crimes de natureza grave e com longa pena a ser ainda cumprida" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 153.707-3/0, São Paulo; j. 14.3.1994, v. u., Rel. Angelo Gallucci; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 312.880).

• "Tratando-se de reeducando que tem ainda largo tempo de penas a cumprir, sua passagem para o semi-aberto, onde a fiscalização praticamente inexiste, por certo poderá ensejar uma fuga, ou mesmo a volta ao crime. Embora satisfeito há muito o requisito temporal e apesar da votação majoritariamente favorável dos órgãos técnicos, a legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não se constitui num direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade, em favor de quem, na dúvida, devem ser decididos casos como o presente" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 170.225-3/4, São Paulo; 13.03.95, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

• "Denega-se a progressão ao semi-aberto quando, embora atendido o lapso temporal e apesar de parecer técnico favorável, resta ainda longa pena a cumprir e o laudo psicoló-

gico aponta traços incompatíveis com o regime intermediário, denotando a inviabilidade da medida no momento, mesmo porque, em se tratando de condenações por delitos graves, a progressão apenas justifica-se com a plena demonstração da cessação da periculosidade para um sadio convívio social" (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 929.317/6, São Paulo; j. 20.04.1995, v. u., Rel. S. C. Garcia; tj 09.06.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 323.269).

22.13 Mérito: natureza jurídica e conceitos

Nota: "mérito" é o conceito central do arcabouço legal da execução penal: a pedra fundamental de todo o sistema, não apenas para a progressão de regime prisional. Curiosamente, é também o conceito mais vago e mais amplo da nossa lei, a qual não o define e não lhe dá qualquer conteúdo mais preciso, abrindo assim um vasto leque de entendimentos que, não raramente, podem surgir de forma até mesmo arbitrária.

Por "mérito" vêm sendo entendidos tantos os posicionamentos quanto as informações dos setores técnicos específicos (psicologia, assistência social e psiquiatria). Mas também os posicionamentos e as informações dos setores administrativos (diretoria geral e diretorias específicas, dentre as quais: vigilância e disciplina, produção e ensino). O pano de fundo para essas informações e pareceres seriam, de acordo com muitos julgados, os aspectos propriamente criminológicos do caso, com os quais aqueles dados relativos à capacidade adaptativa atual se contrastam em uma lógica dialética, de modo que se possa assim elaborar uma síntese cuja natureza é a de um *prognóstico*. Este, para falar mais simplesmente, seria uma síntese que resulta do confronto entre o passado (criminológico) e o presente (adaptativo) do condenado.

Importante ressalvar, mesmo porque há sempre uma grande margem para confusões: um prognóstico não é uma previsão ou um exercício de "futurologia" pelos órgãos da execução penal, não tendo nunca o condão de antecipar o que irá ocorrer no dia de amanhã, mesmo porque o entendimento humano ainda não suporta tamanhos propósitos. Um prognóstico é apenas uma reunião dos dados captáveis do presente, não tendo, portanto, como comportar tanto os dados não captáveis como, ainda, aqueles que serão acrescidos no dia seguinte na vida do condenado.

O objeto precípuo desse prognóstico vem sendo, mais comumente, a *hipótese de reincidência*, o que implica dizer: salvo exceções, quando o tema aflora acidentalmente no material recolhido, esse prognóstico não se presta para detectar a predisposição do condenado à evasão caso seja levado ao semi-aberto, mesmo porque não é raro esta atender a estímulos de momento e, portanto, posteriores à observação técnica.

Não há como definir aprioristicamente qual dado seja o mais relevante para a definição do mérito do condenado. O Juiz aqui é quase alçado à condição de investigador, cabendo-lhe, para o que contará também com sua experiência e com sua sensibilidade adquiridas ao longo dos anos de trabalho e estudo, compor todo um quadro com as variadas informações e opiniões técnicas, a partir destas estabelecendo uma relação dialógica com as informações propriamente criminológicas, relação esta iluminada pelo modelo da progressividade que, por sua vez, está pressuposto na fórmula legal (v. retro nota ao item 22.1). Disso decorre o óbvio: quando o julgador se deixa contaminar por sua contrariedade político-ideológica ao próprio modelo da progressividade, forçosamente acaba sendo mais severo na admissão do "mérito" do condenado, empregando então expedientes mínimos para a rejeição da pretensão e, conseqüentemente, pervertendo e subvertendo o que não lhe compete contrariar. Interessante observar esse jogo de conceitos e preconceitos no dia a dia de nossa jurisprudência, com o lúdico substituindo a lógica e o próprio Direito.

• *"Processual penal – Habeas corpus – Regime prisional – Progressão.* 1. Reputa-se correta a decisão que indefere pedido de progressão ao regime semi-aberto, por não atender o réu aos requisitos de caráter subjetivo. 2. Ordem denegada" (STJ, 6.ª T.; HC 3.519-4, Rio Grande do Sul; j. 12.09.1995, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 11.03.1996, p. 6.658).

• "Gravidade do delito praticado, espaço de tempo, longo ou curto, ainda a percorrer, fragilidade de vigilância nos presídios destinados ao cumprimento de penas em regime semi-aberto nunca foram considerados, pela nossa

excelente lei de execução penal (nunca é demais repeti-lo), como fatores impeditivos de progressão em regime prisional, presentes aqueles exigidos para a permissibilidade" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 199.849-3/3, São Paulo; j. 16.04.96, v. u., Rel. Silva Leme; red.).

• "O que se ressalta no sistema penitenciário brasileiro – de forma indiscutível – é sua inépcia para se adequar a qualquer teoria que busque a humanização da reprimenda. Não há educação, condições dignas de sobrevivência, assistência física ou psicológica, envolvimento sério com laborterapia ou formação profissional. Em suma, com raras exceções, a prisão serve para conter as populações marginalizadas, econômica e moralmente. A desigualdade das ruas aplica-se ao sistema penitenciário: apenas os absolutamente desvalidos, também com raríssimas exceções – é que acabam encarcerados. Se a decisão em feitos desta natureza deve se louvar em precárias e superficiais análises, uma vez que o sistema nada mais oferece que tenha um resquício de cientificismo, ao magistrado resta o exame destes elementos e proferir decisão. Mas de nada servem eles sem a consciência dos anteriormente elencados. A se acreditar em impiedosa e superficial análise psicológica do condenado, cuja conclusão é desfavorável à medida, teríamos uma trágica conclusão: ele seria delinqüente por natureza e estaria irremediavelmente condenado a permanecer FECHADO! Quanto aos requisitos subjetivos para a progressão cabe a lição de Julio Fabrini Mirabete (*Execução penal*, Atlas, 5.ª ed., p. 286): *É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O comportamento mau ou sofrível, porém, indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os companheiros, falta de respeito para com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares etc. correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte.* Essas circunstâncias não se confundem com a inadaptação pessoal. Não há pena que impeça o homem de reincidir. A sociedade – por seu lado – não está preparada para receber o egresso das prisões, amparando-o e readmitindo-o em seu seio com as deficiências que o encarceramento a todos impõe. Não se trata aqui de fazer a defesa do preso, esquecidos os delitos que praticou, apenas constatar-se que a vida em sociedade não pode, pelo furor da mídia ou desigualdade econômca de classes, condenar alguns à perpetuidade do regime prisional fechado, enquanto outros, por ostentarem aquelas falsas condições, permanecem praticamente libertos e com disponibilidade de movimentação, como se livres fossem. Tendo o condenado cumprido durante anos o que o sistema lhe impôs, não lhe resta, assim, nenhuma outra condição, salvo a da progressão, eis que é a concretização da promessa do sistema com a qual contribuiu através de seu comportamento. Em local algm está dito que o preso terá direito à progressão de regime se estiver com sua personalidade, conduta e mérito adequados aos padrões da estrita normalidade. Espera-se que tenha durante anos ou meses revelado personalidade não-violenta, conduta de submissão às terapias ocupacionais oferecidas e mérito pessoal – que é o respeito aos encarceradores, aos encarcerados e àqueles que, com esperança, os visitam" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 1.046.927/8, São Paulo; j. 02.04.97, v. u., Rel. Lagrasta Neto; red.).

• "Resulta mais do que evidente que um reeducando, há longos anos recolhido ao cárcere, no regime fechado, e que permanece fazendo uso de *cannabis* – tanto que drogado quando apresentou-se perante a Comissão Técnica de Classificação – não faz jus, ainda por algum tempo, ao benefício da progressão. A ausência de méritos, portanto, justifica a permanência do reeducando no regime fechado, até que deixe ele o vício. Efetivamente, o fato do pretendente apresentar-se drogado quando daquele exame, sem dúvida nenhuma, contraria o registro de boa conduta carcerária e contradiz as manifestações favoráveis ao pedido" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 222.647-3/2, São Paulo; j. 07.04.97, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

22.14 Casuística pelo critério preponderante da decisão

22.14.1 Comportamento carcerário: indeferimento

Nota: um dos fatores que menos vem repercutindo na jurisprudência é a comprovação do bom comportamento carcerário. A partir de certo trecho doutrinário (que, a propósito, sequer invocava uma interpretação assim literal), passou-se a dizer apenas que "não basta o condenado ter bom comportamento carcerário" para alcançar a progressão: se a construção em si é inatacável (já que nenhum fator pode ser aprioristicamente decisivo), é certo que ela também não deve desviar a nossa atenção para a real importância do bom comportamento como um dos mais significativos pontos de avaliação do "mérito". De fato, a classificação administrativa da conduta disciplinar (péssima, má, boa, ótima etc), desde que submissa naturalmente ao devido controle jurisdicional, é ponto indicativo da capacidade adaptativa do condenado e, ademais, de sua capacidade de viver dentro de uma ordem mínima de respeito a seus semelhantes e a regras. Dentro dessa ótica, não há sentido prático em dizer que o bom comportamento (ou o mau comportamento) não são elementos que demonstram a aptidão (ou a não aptidão) do condenado para conviver em regime prisional mais brando.

Obviamente, não há sentido em operar o conceito de "mau comportamento" com intensa importância e não fazer o mesmo com o conceito de "bom comportamento": o mesmo critério deve ser empregado em ambos os casos.

• "De acordo com precedentes do STF e com orientação predominante desta Corte, não se há de deferir a progressão ao semi-aberto quando o parecer técnico coloca-se francamente desfavorável à medida, não bastando o bom comportamento carcerário para o preenchimento do requisito subjetivo pois, como frisa a doutrina, o bom comportamento não se confunde com a aptidão do condenado nem serve de índice fiel de sua readaptação social" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 161.670-3/3, São Paulo; j. 29.08.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 318.602).

• "Indefere-se a progressão de regime prisional quando a equipe técnica manifestou-se contrariamente à pretensão, anotando precariedade crítica em relação ao delito e aos limites do regime carcerário, sendo também desfavorável o parecer da Diretoria, cujo teor revela insubordinação às regras do regime fechado" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 972.219/1, São Paulo; j. 24.10.95, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

• "Para a progressão ao semi-aberto não basta que o sentenciado apresente, durante algum tempo, bom comportamento, inclusive por conveniência própria e visando obtenção de algum benefício, sendo necessário que sua conduta global seja considerada, até porque o retorno de um condenado ao convívio social não pode ser encarado como simples experiência, pois se esta não tiver êxito, fatalmente a conseqüência é desastrosa" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 213.804-3/9, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

22.14.2 Faltas disciplinares:

Nota: tema correlato diz respeito às faltas disciplinares em concreto.

Para que se possa falar em existência de falta disciplinar, antes de mais nada é imprescindível que tenha sido o episódio submetido ao devido controle jurisdicional, pois evidentemente o Juiz da execução não deve e não pode aceitar automaticamente as classificações administrativas, sem submetê-las ao exame de sua regularidade formal e material.

Admitida jurisdicionalmente a ocorrência de uma falta grave, cabe avaliar sua relevância quando da apreciação de pedidos de progressão de regime.Também aqui não dispõe o Juiz da execução de fórmulas pré-concebidas. Necessário avaliar detidamente a natureza, a eloqüência, as circunstâncias e a distância da falta disciplinar para, apenas então, poder ser definida sua exata relevância quanto à progressão de regime.

Naturalmente, um condenado cujo histórico disciplinar esteja repleto de faltas dificilmente poderá invocar sua aptidão a um regime prisional onde a introjeção de seus deveres disciplinares será mais reclamada: sua rebeldia imanente revela a necessidade de contensores

institucionais (externos) mais veementes, no mais das vezes próprios do regime fechado.

Já faltas isoladas devem ser avaliadas concretamente. Necessário questionar se o episódio em si caracterizou uma incompatibilidade grave com um regime prisional mais tênue (p. ex., evasões ou tentativas de evasão do regime fechado demonstram em princípio incompatibilidade com o regime semi-aberto, onde a vigilância direta é fraca; assim também no que se refere a crimes relativos a entorpecentes; portes de armas etc). Outras faltas também tidas por graves, todavia, permanecem nitidamente encerradas dentro das circunstâncias específicas em que surgiram, não demonstrando incompatibilidade com outro ambiente prisional mais evoluído (p. ex., certas brigas com um desafeto específico; certos atos tipicamente oriundos de um momento particular de desespero etc). É fundamental, nesse exame, que os órgãos da execução leiam atentamente os autos, não se satisfazendo em registrar a ocorrência de uma falta sem maior interesse por sua natureza: o que mais importa é menos a falta em si e, mais, explorar as circunstâncias que as produziram, desse modo podendo-se extrair se houve ou não um episódio que torna, no momento, o semi-aberto impróprio à situação específica em que se encontra o condenado.

Outro perigo bastante comum, qualquer que seja a falta, é esquecer que o tempo passa e as situações internas e externas mudam com ele. De fato, as faltas sempre dizem respeito a uma época específica do curso de uma pena, não podendo, portanto, servirem indefinidamente para a recusa da progressão. Valioso então questionar se atualmente o condenado encontra-se no mesmo estágio de vivência prisional que produziu aquela falta em específico ou se, por outra hipótese, já superou ele aquele momento de indisciplina e, mais recente, logrou se adequar à ordem do estabelecimento. Infelizmente, não é incomum vermos decisões denegatórias da progressão por conta exclusiva de faltas cometidas há muitos e muitos anos atrás, assim como não é incomum encontrarmos processos onde esse mesmo argumento vem há anos sendo utilizado para o indeferimento dos sucessivos pedidos de progressão. Há também aqui um limite que cabe ao Juiz da execução estabelecer com a maior lucidez possível: encontrar, como diz o ensinamento bíblico, o exato tempo das coisas.

(a) deferimento

• "Não se pode indeferir a progressão ao semi-aberto à vista da reincidência ou do número de crimes cometidos, pois é incabível a criação de obstáculos não previstos na lei. Também não impede a progressão a antiga revogação de livramento condicional por prática de novo delito: se o decurso do período depurador de 5 anos afasta a própria reincidência, também as faltas graves não podem ter caráter de perpetuidade quando seguidas de considerável lapso com bom comportamento e bom aproveitamento laborterápico. Igualmente, é de ser concedida a progressão quando, apesar de concluir desfavoravelmente, a equipe técnica apontou mais condições positivas do que negativas pois, ao conceder qualquer benefício ao preso, o juiz está conscientemente assumindo certos riscos, já que ele e os técnicos não têm o carisma da vidência, não podendo fazer prognóstico seguro de que o sentenciado não tornará a delinquir, tão somente estabelecendo, mesmo assim em caráter relativo, probabilidades e presunções a respeito. É comum que o sentenciado, contrariando as boas expectativas dos técnicos, volte a delinquir, assim como ocorre também que aquele cuja confiabilidade parecia reduzida acabe se adaptando ao convívio social. Assim, não convém privilegiar em demasia o exame criminológico, cujo valor é relativo e não vinculante, podendo ser recusado quando o contraste com outros elementos justifique tal recusa, mesmo porque os técnicos são auxiliares da Justiça, não lhes cabendo dizer a lei no caso concreto, mister que cabe ao juiz. Assim, o exame desfavorável não impede a progressão, até porque as condições pessoais do presidiário podem ser aferidas também por outros meios de prova e mesmo por indícios" (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 704.947/0, São Paulo; j. 21.11.1991, v. u., Rel. Silva Pinto; tj 19.02.1992; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 216.782).

• "É de se deferir a progressão ao regime prisional aberto quando o preso já cumpriu mais de metade da pena e seu pedido, formulado pela segunda vez, foi ilustrado com parecer técnico favorável da CTC, parecer este ratificado pela diretoria do estabeleciemnto. Não se há de indeferir a pretensão porque o regime aberto equivale a vida livre sem fiscalização eficiente e porque o pretendente cometeu falta disciplinar média por se reapresentar embriagado ao final

de uma saída temporária, mesmo porque essa falta teve média relevância e, em razão desse comportamento, já foi inibida uma saída temporária subseqüente. Parece que inibir a progressão de regime a um preso que durante mais de seis anos se envolveu em uma única ocorrência sem maior relevância seria medida exagerada, inaceitável nos tempos atuais, quando o comportamento no presídio foi mencionado como superior à média da população carcerária e no mais sempre se revelou cumpridor das obrigações como recluso" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 143.501-3/1, São Paulo; j. 23.08.1993, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.).

• "Fugas ocorridas há mais de 5 anos não impedem a progressão ao semi-aberto pois, se mesmo em relação aos delitos a lei estabeleceu esse prazo expurgador, não seria admissível que meras faltas disciplinares, por mais graves que sejam, caracterizando um *minus* em relação aos delitos, impedissem a concessão de qualquer benefício após vencido esse prazo" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 936.109/1, São Paulo; j. 03.05.1995, m. v., Rel. Walter Swensson; tj 04.07.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 310.751).

• "Defere-se a progressão ao semi-aberto quando estão satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos legalmente previstos, não constituindo impedimento o registro de uma evasão no passado com o cometimento de novo delito, mesmo porque, conforme precedente desta Câmara, havendo dúvida quanto às condições pessoais deve ela favorecer o pretendente, possibilitando-se melhor e mais acurada observação em meio prisional diverso, com outras possibilidades de trabalho, em caminhada progressiva para o retorno ao convívio social" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 955.409/9, São Paulo; j. 30.08.1995, v. u., Rel. Lourenço Filho; tj 11.10.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 173.855).

• "É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando, pese embora antiga evasão ocorrida no curso de uma saída temporária, atualmente as manifestações técnicas são favoráveis à medida, apontando como de maior peso os aspectos positivos, nunca sendo possível a afirmação absoluta da recuperação, pois a própria progressão escalonada integra o processo de ressocialização e, assim, algum risco de falha sempre existe" (TACRIM-SP, 12.ª C.; Ag. Exec. 953.643/7, São Paulo; j. 25.09.1995, v. u., Rel. Abreu Machado; tj 03.11.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 238.775).

• "O simples fato de anteriormente ter empreendido fuga não é razão suficiente para negar-se o benefício da progressão ao semi-aberto pois, pela falta, certamente o condenado já foi punido, sendo inexistente pena eterna, de forma que mencionada falta não pode servir novamente de óbice ao deferimento do pedido. Nova fuga, inegavelmente mais fácil de ser empreendida no semi-aberto, corresponderá nova captura e nova punição. Caso contrário, estaria sendo negada ao condenado a possibilidade de recuperar-se para o convívio social" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 968.247/8, São Paulo; j. 25.09.95, v. u., Rel. Fernandes de Oliveira; red.).

• "*Regime prisional – Progressão – Admissibilidade – Requisitos objetivo e subjetivo devidamente satisfeitos – Falta disciplinar pretérita que, punida, não pode constituir óbice – Recurso provido.* Satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo para a progressão prisional, não poderá impedi-la pretérita falta disciplinar, ainda que grave, se o condenado já foi punido por ela, com regressão prisional, e deu mostra, ao longo dos anos, de que se emendou, sob pena de ocorrer *bis in idem* que perdure até o cumprimento integral da pena no regime mais rigoroso" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 185.466-3, São Paulo; j. 13.11.1995, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; Bol. TJSP 14, maio 96, p. 14).

• "É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando o parecer técnico autoriza a mudança de regime como etapa indispensável para a individualização do cumprimento da pena, ainda que o pretendente registre faltas disciplinares já reabilitadas, mesmo porque não se pode exigir um comportamento exemplar daqueles que vivem no degradante e precário ambiente carcerário" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 985.539/7, São Paulo; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Roberto Mortari; tj 02.11.1996; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 321.462).

(b) indeferimento

• "Para a progressão ao semi-aberto, não basta a conclusão favorável da CTC quando há

notícia de que o sentenciado, quando esteve anteriormente nesse regime, encetou fuga e voltou a delinqüir, demonstrando que nada valeu o tempo em que esteve preso e que não se arrependeu dos erros cometidos. O regime semi-aberto, caracterizando-se pela segurança mínima, reclama especial confiança na auto-disciplina do condenado e, se a fuga não é obstáculo para nova progressão, todavia invoca demonstração de que o sentenciado irá agora ajustar-se com responsabilidade ao novo regime" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 934.953/4, São Paulo; j. 25.04.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; tj 06.06.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 291.690).

• "Denega-se a progressão ao semi-aberto quando, embora favorável, o parecer técnico aponta aspectos negativos na personalidade do sentenciado com longa pena ainda a cumprir e que, ademais, posteriormente à elaboração do referido parecer, veio a praticar falta grave consistente em tentativa de evasão, assim demonstrando que, em regime menos rigoroso, tentará novamente evadir-se" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 170.830-3/5, São Paulo; j. 16.05.1995, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 225.287).

• "Conforme precedente deste Tribunal, é inadmissível a progressão ao regime semi-aberto, mesmo com conclusão favorável da equipe técnica, quando evidenciados aspectos negativos na personalidade do sentenciado que, ademais, cometeu faltas disciplinares de natureza grave" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 184.359-3/2, São Paulo; j. 24.07.1995, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 228.841).

• "Indefere-se a progressão ao semi-aberto se, embora satisfeito o requisito temporal, quanto ao mérito os técnicos concluíram que o pretendente não reúne condições para a medida que, ademais, também não se recomenda pelo registro de faltas disciplinares, havendo longa pena a ser cumprida por crimes graves, com nova delinqüência quando antes beneficiado com a progressão" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 186.971-3/0, São Paulo; j. 31.08.1995, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 97.945).

• "É de pouca importância o parecer técnico que, embora opinando favoravelmente ao deferimento da progressão ao semi-aberto, deixa contudo de mencionar aspectos relevantes como a evasão quando do anterior ingresso no regime intermediário, seguida de prática de novo crime violento, episódios que desqualificam o mérito do pretendente e comprometem qualquer prognóstico que lhe seja positivo" (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ag. Exec. 957.151/6, São Paulo; j. 26.10.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 355.481).

• "Conforme precedente, *a fuga do sentenciado, no curso da execução da pena, constitui falta grave e corresponde ao demérito que não aconselha a progressão prisional*, mormente se decorrido curto espaço de tempo e não realizado novo exame pericial" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 969.895/4, São Paulo; j. 01.11.1995, v. u., Rel. Vico Mañas; tj 20.12.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 395.625).

22.14.3 Perspectivas sociais, familiares, profissionais e vivenciais: indeferimento

Nota: outro aspecto de grande importância, mas de difícil operação, diz respeito aos temas propriamente sociais que cercam a vida do condenado, mais especificamente sua estabilidade familiar, profissional e comunitária. Forçoso porém reconhecer: a grande maioria de nossos presos é composta de pessoas de parcas e instáveis relações fora da marginalidade. Nem todos contam com o sempre valiosíssimo apoio familiar em seu processo de libertação e, pelo menos boa parte, sempre foi alvo de sérias estigmatizações: muitos eram pessoas problemáticas na infância, na escola, na família, na rua e no bairro em que moravam e cresceram, encontrando-se no fundo de um processo de excludência social do qual dificilmente conseguem sair sem o apoio de familiares ou amigos que, também dificilmente, podem encontrar.

Temos observado duas constantes que, embora não necessárias, são por demais freqüentes. De um lado, um grande número de condenados que passou, em algum momento de sua vida pré-delitiva, por uma mudança social brusca, sobretudo vivendo um fluxo migratório radical (campo/cidade; Estado/Estado; cultura/cultura). De outro lado, problemas relativos à figura paterna: ou excesso de rigor ou sua ausência. De qualquer modo, históricos que

muito raramente podem ser alvo de uma ação reparadora e que, na verdade, apenas tendem a um agravamento paulatino com o próprio processo de prisionalização.

Aqui, dois aspectos costumam ser de grande importância: o apoio familiar recebido pelo condenado mesmo na vida intra-muros e, por outro lado, sua própria disposição para a reformulação de sua maneira de vida, notadamente para a dedicação ao exercício de alguma atividade profissional adequada a suas condições pessoais.

• "A evolução de regime prisional não está automaticamente assegurada apenas decorrido o estágio mínimo exigido no regime anterior mais severo. Exige, por certo, também, que revele o condenado aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade para tanto; que se mostre apto e propenso para o trabalho, vinculado à família, com razoável perspectiva de ressocialização" (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 513.021/9, São José do Rio Preto; j. 21.04.1988, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; tj 06.07.1988; 1.ª inst.-VEC/SP 156.141; red.).

• "Ao deferimento da progressão para o regime aberto não basta, certamente, o decurso de certo tempo de vida carcerária. Cumpre revele o condenado, igualmente, aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade, para que possa merecer os favores do regime mais brando, de tal forma que, nele, tudo indique que o agir criminoso, se não foi algo eventual, momentâneo e não revelador de índole ou vocação delinqüencial, representa fato passado em sua vida, onde as perspectivas de adaptabilidade social devem se mostrar favoráveis e de forma a permitir que se assuma o risco de vê-lo apartado dos criminosos maiores. É mister que o pretendente à evolução se mostre apto e propenso ao trabalho, vinculado à família e à casa, com residência certa, não itinerante. Seria, sem dúvida, inaceitável temeridade deferir a progressão ao regime aberto quando o laudo pericial coloca em destaque algumas peculiaridades que não permitem reconhecer a satisfação integral dos pressupostos subjetivos exigidos para a medida, não se evidenciando perspectiva de recuperação e quando ainda há por cumprir longo tempo de pena. Os tempos presentes, plenos de violências muitas vezes tristemente impunes, reclamam do magistrado acentuada prudência, especial cautela e redobrado rigor no deferimento de benesses, que uma legislação claramente inadequada à realidade social, destinou a delinqüentes que se mostram autores de delitos gravíssimos e para quem, como é bem sabido, a vida de segregação carcerária não deverá ter proporcionado grandes recursos para uma ressocialização que, em suma, é o fundamento primeiro para o alcance de um encarceramento menos severo" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 172.184-3/0, São Paulo; j. 20.02.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

22.14.4 Quadro interno, psicológico e psiquiátrico: indeferimento

Nota: nesse plano, há sempre dois perigos sérios para os operadores jurídicos da execução penal.

De um lado, vimos observando um excessivo valor que vem sendo atribuído às informações técnicas dos setores de psicologia e psiquiatria, tal como pudessem esses setores prever com exatidão a hipótese de reincidência ou, mesmo, a possibilidade de uma evasão caso afrouxados os laços de vigilância institucional. É óbvio que essas ciências, a exemplo de qualquer outra, não têm condições de prever o futuro e, a rigor, sequer esse é seu objetivo técnico. Ademais, também é óbvio que os dados propriamente internos por elas avaliados são meros componentes de um quadro avaliatório maior, não devendo, portanto, aprioristicamente assumir no sistema uma carga preponderante.

De outro lado, necessário frisar o desconhecimento dos operadores jurídicos quanto à linguagem técnica desses setores e, sobretudo, quanto ao real significado das informações por eles levantadas. Muitas vezes os operadores jurídicos incorrem no erro de recepcionar tais informações com seu significado corrente e popular quando, na verdade, a leitura exigida seria aquela que respeitasse seu ambiente lógico adequado: expressões como "agressividade", "impulsividade", "características de prisionalização", "imaturidade" e tantas outras dizem respeito a categorias lógicas específicas e pressupõem um conhecimento global dos processos internos aos quais estão referidas, conhecimento este raramente ao alcance do leitor do pare-

cer técnico. Antes de mais nada, necessário saber que todos nós portamos muitos desses traços em medidas variadas, mesmo porque alguns deles dizem respeito a forças imprescindíveis para nossa sobrevivência no meio social, o que nos leva a uma evidência sempre valiosa: menos do que detectá-los, cabe ao parecer técnico (e ao próprio Juiz da execução penal) desvendar em que medida esses traços específicos continuam em referência ao potencial criminógeno do condenado ou, antes, em que medida podem ser tributados a traços exclusivamente constitutivos, sobre os quais, naturalmente, a pena privativa de liberdade tem difícil e problemática eficácia.

• "Consistiria em temeridade colocar-se no semi-aberto quem se encontra em precárias condições morais, com insuficientes freios, com esgarços propósitos e difusas metas, sobretudo quando o crime cometido revela estrutura marginal afinada com a maior insensibilidade social que se pode conceder; incomparável desestima pelo ser humano, pois quem faz do comércio de tóxicos o meio de vida, situa-se dentre os maiores inimigos públicos" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 124.790-3/0, São Paulo; j. 15.06.1992, v. u., Rel. Ary Belfort; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 305.601; red.).

• "Não deve ser deferida a progressão ao semi-aberto quando o pretendente, de acordo com apuração da CTC, ainda mostra alguns distúrbios de comportamento, não reunindo merecimento para a almejada progressão" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 161.513-3/8, São Paulo; j. 23.06.94, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

• "Temerário se afigura deferir-se a progressão ao semi-aberto, já que a sociedade não pode correr riscos diante de quadro psicótico do pretendente que, de acordo com o parecer psiquiátrico, não assume a responsabilidade por seus atos, denotando prejuízos na sua autocensura" (TJSP, 3.ª C. Crim. de Férias; Ag. 181.638-3/4, São Paulo; j. 18.12.95, v. u., Rel. Segurado Braz; red.).

• "Na execução penal, diversamente do que sucede com o processo de conhecimento a preceder condenação, não se aplica o *in dubio pro reo*. Havendo dúvida, a partir daí, cumpre indeferir o pedido, já que esta se resolve sempre em favor da sociedade. Predominando o *in dubio pro societate*, só se promove a regime mais brando quem, inequivocamente, demonstre se achar capacitado à reintegração social sem riscos, ao menos em regime de semi-liberdade. Pois, como salientou em outros precedentes, trata-se de sistema *ameno* e dotado de *frágil vigilância, com incentivo ao trabalho externo* – situação, pois, de alto risco – e ao estudo. Assim, é de ser indeferida a progressão ao semi-aberto à vista de exame técnico francamente desfavorável, pois é de singular importância o *estudo médico*, psicológico e psiquiátrico, a que se deva submeter o interessado na benesse. Porque o bom comportamento carcerário, como se sabe – assim como o cumprimento do requisito *temporal* mínimo previsto em lei –, possui importância simplesmente relativa. Importa menos, a bem dizer, tenha ou não o reeducando boa conduta carcerária. Esta, venha embora a existir, *não deve ser valorizada, pois é sabido que, na prisão, a periculosidade sofre controles inibitórios* (RT 601/321). No mesmo sentido o STF, no RHC 63.566-1-SP, relatado pelo Min. Carlos Madeira: para o semi-aberto, além dos pressupostos objetivos, é mister que fique comprovada *a capacidade de readaptação à vida comum, sem riscos de periculosidade demonstrada na prática do crime*" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 983.803/0, São Paulo; j. 14.03.1996, v. u., Rel. Luiz Ambra; tj 14.03.1996; 1.ª inst.-VEC/SP 343.871; red.).

22.14.5 Autocrítica:

Nota: aqui também vimos constantemente observando certa inadequação lógica entre os operadores jurídicos e, de outro lado, a avaliação propriamente técnica. É freqüente o parecer da CTC referir-se tanto à capacidade autocrítica (globalmente considerada) e, pontualmente, sobre a opinião que o condenado elabora quanto à justiça (ou à alegada injustiça) de sua condenação: ora, é evidente que são dois aspectos bastante diferenciados.

De um lado, é de grave importância a capacidade elaborativa autocrítica do condenado mas, como tal, compreendida sua postura mediante toda a sua vida passada ou, melhor dizendo, a maneira como o condenado elabora atualmente esses elementos históricos para, com base neles, entender-se (ou não) como o principal agente de todo seu processo de vida.

De outro lado, há sempre a opinião que o condenado exercita especificamente quanto à justiça de sua(s) condenação(ões). O fato de um condenado dizer-se "inocente", ou de "não assumir a responsabilidade pelo delito que resultou em sua condenação" interessa apenas na medida em que possa estar referido a um prejuízo autocrítico globalmente considerado. Sim, porque muitas vezes essa opinião pessoal por ele apresentada não se insere dentro de um quadro de prejudicialidade de sua capacidade autocrítica propriamente dita e, nesses casos, a rigor tal opinião não estará ultrapassando um mero exercício pontual de seu próprio direito de entendimento. Afinal, o simples fato (isolado) do condenado dizer-se inocente não "ofende" quem quer que seja e, muito menos, a respeitabilidade de quem o condenou: antes, engrandece a legitimidade pública do exercício da jurisdição na medida em que enriquece o debate sobre seus conteúdos. Ademais, há muito está sepultada a visão da execução da pena enquanto caminho de expiação pública de alguma culpa magnífica, cujo objetivo maior seria exatamente o de fazer com que o condenado pudesse confessar seus crimes para, assim, poder alcançar o perdão divino enquanto era condenado pela justiça humana: essa inspiração dizia respeito a processos de cunho religioso hoje totalmente incompatíveis com o Direito moderno. Aliás, dizer "inocente" sequer indica prepotência: muitas vezes é a demonstração concreta de algum sentimento mais profundo de vergonha pelo delito cometido e, assim, pode adiante até mesmo desaguar em um exercício autocrítico mais elaborado.

Claro, todavia, que em muitos casos haverá uma contaminação global dessa capacidade autocrítica globalmente considerada quando, então, a indicação comportará razões para maior preocupação. Nesses casos, a deficiência autocrítica comumente estará relacionada também a processos de vitimização do condenado que, através dessa maneira de colocar-se no mundo, reluta sistematicamente em entender-se como o principal agente de seu próprio processo histórico, sempre atribuindo a responsabilidade negativa de seus acidentes à pessoa do outro e, sempre, insistindo em fazer-se "vítima" de todo esse processo. Há condenados onde esse processo é nítido: fazem-se de vítimas da própria vítima; vítimas do policiamento ostensivo que os capturou; vítimas da Polícia Judiciária; vítimas do Promotor de Justiça que os denunciou; das testemunhas que os incriminaram; vítimas do Juiz que os condenou; vítimas do Tribunal que manteve suas condenações; vítimas dos agentes penitenciários; dos colegas de infortúnio prisional; e, não raramente, fazendo-se de vítimas até mesmo do Advogado que os assiste. Daí então uma preocupação básica do discurso de todos nós: a cautela para não acirrarmos esses processos de vitimização já naturalmente fertilizados pelo meio prisional, não deixando contaminar nossos discursos com expedientes fáceis de vitimização do condenado que, em qualquer caso, trarão a séria conseqüência de esconder a responsabilidade que ele próprio desempenha no seu processo de vida.

(a) deferimento

• "O juiz não está submetido ao laudo psiquiátrico, especialmente quando a fundamentação do mesmo se apresenta lacônica. A insistência do examinando em relação a não participação no delito não é dado, suficiente em si, para se concluir desfavoravelmente à sua reintegração social. Agravo provido para se conceder ao recorrente o regime aberto para o cumprimento do restante da pena" (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 868.757/2, São Paulo; j. 23.05.1994, v. u., Rel. Fernandes de Oliveira; red.).

• "A passagem de um presidiário do regime fechado para o semi-aberto oferece certos riscos para a sociedade, ante a possibilidade de fugas, mas, como a progressão está prevista na Lei de Execução Penal, uma vez satisfeitos seus requisitos deve ela ser deferida em prol do objetivo de facilitar a ressocialização do reeducando, ainda que os setores técnicos hajam opinado contrariamente ao pedido por não assumir ele a autoria do delito, mesmo porque é sabido que poucas pessoas o fazem" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 167.456-3/0, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 277.031).

(b) indeferimento

• "Pese embora o parecer favorável da equipe técnica, não é de se deferir a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente não assume a culpa pelo delito cometido, com

a súmula psicológica salientando aspectos negativos em sua personalidade, mostrando-se ele lábil emocionalmente e pouco estruturado em seus afetos, o que pode indicar a persistência de fragilidade de mecanismos contensores e baixa tolerância a frustrações. Segundo lição da doutrina, *o condenado, imputável e juridicamente responsável, só se emenda se reconhece a sua culpabilidade. O condenado não se emendará enquanto se sentir 'vítima da sociedade'; 'vítima de uma injustiça'* (Curso de Direito Penitenciário, Arimida Bergamini Miotto, Saraiva, 1975). Em precedente oportuno, o Colendo STF, por sua 2.ª Turma, deixou assentado: *Regime de cumprimento da pena. O condenado à reclusão em regime fechado só poderá ser transferido a regime menos rigoroso, após o cumprimento do mínimo de um sexto da pena, uma vez provada sua capacidade de readaptação à vida comum, sem riscos da periculosidade demonstrada na prática do crime* (RHC 63.556-1-SP, Rel. Min. Carlos Madeira). Tratando-se de condenações por crimes graves, com término da pena ainda longínquo, recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão em sistemas mais brandos, principalmente em regime semiaberto, onde as restrições à liberdade corporal são mais fracas do que aquelas encontradas no atual regime, sobretudo quando há o registro de evasão pretérita desse regime. Aliás, esta E. 1.ª Câmara tem entendido que *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (Ag. 156.308-SP, j. 21.03.94, Rel. Des. Gomes de Amorim). Com efeito, não se pode privilegiar em demasia o exame criminológico, que representa, apenas, um instrumento de auxílio do Juiz, sem vinculá-lo às suas conclusões. Assim, a autoridade judiciária não fica adstrita às opiniões ou presunções estabelecidas no trabalho pericial, podendo decidir contrariamente a elas sempre que julgar conveniente em nome do interesse maior que é o social. Também não socorre a pretensão a alegação de que o condenado tem boa conduta carcerária, pois, conforme orientação jurisprudencial dominante nesta E. Corte, *a progressão para regime menos rigoroso supõe méritos que a autorize e este não se identifica com o simples bom comportamento carcerário* (RJTJESP, ed. Lex, 111/522, Rel. Des. Dante Busana). No mesmo sentido, a lição de FABBRINI MIRABETE: *Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social* (*Execução Penal*, ed. Atlas, 1987, p. 294)" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 203.115-3/6, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; red.).

• "Não obstante o parecer técnico favorável, não se defere a progressão ao semiaberto quando o pretendente, condenado a penas altas por crimes gravíssimos, insiste em proclamar a regularidade de suas condutas nessas oportunidades, sustentando ter agido em legítima defesa própria ou de terceiros. Se é certo que a singela conclusão pericial não vincula nem obriga o magistrado, também é que *o condenado imputável e juridicamente responsável, só se emenda se reconhece a sua culpabilidade. O condenado não se emendará enquanto se sentir 'vítima da sociedade', 'vítima de uma injustiça'* (Curso de Direito Penitenciário, Arimida Bergamini Miotto, Saraiva, 1975). Daí porque, em face de penas chocantemente altas e de um sentenciado que insista na recusa da responsabilidade já definitivamente reconhecida na sentença transitada em julgado, o que se decide é que *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (TJSP, Ag. 156.308, j. 21.03.94, Rel. Gomes de Amorim)" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 212.301-3/6, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

22.14.6 Assimilação da terapêutica prisional: indeferimento

Nota: Enquanto opções meramente propositivas, evidentemente não está o condenado

obrigado a embarcar no seu processo de libertação (e não, propriamente, de "terapêutica prisional"). Qualquer que seja, porém, sua opção de conduta, é certo que se faz ele sempre responsável por ela.

• "Nega-se a progressão ao semi-aberto quando, de acordo com as informações técnicas, inocorre adesão do sentenciado ao processo executório, necessitando ele de evolução valorativa para superação de seu restrito índice crítico e ético-moral, mormente porque as solicitações da situação nova exigem de todo reeducando respostas positivas" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 778.703/1, São Paulo; j. 14.01.1993, v. u., Rel. Eduardo Goulart; tj 14.05.1993; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 242.480).

22.14.7 Gravidade do delito, potencial criminógeno e periculosidade (perigosidade):

Nota: Também aqui nem sempre a jurisprudência consegue operar com lucidez esses conceitos. Naturalmente tais dados são relevantes porque integram o quadro propriamente criminológico, dialeticamente contrastando (como vimos antes) com as informações atuais quanto à capacidade adaptativa do condenado. Disso resulta: a) incorreto afirmar pura e simplesmente que tais informações crimonológicas não têm qualquer importância no processo de execução penal ou qualquer influência quando da avaliação do condenado para fins de progressão de regime prisional; b) também incorreto fazer dessas informações uma parede intransponível para que o condenado possa acessar sua progressão de regime prisional ou, ainda, aprioristicamente atribuir a esses dados uma função decisiva na constituição da categoria do "mérito" do pretendente. Mais uma vez importa repetir: o objetivo investigativo é detectar até que ponto continuam (ou não) intensamente presentes os fatores criminógenos que trouxeram o condenado para a vida prisional: em caso positivo, necessária maior insistência no regime fechado cujo potencial contensivo é mais exuberante; em caso negativo, ou seja, na medida em que o processo elaborativo interno começa a contrapor-se aos dados crimonógenos ainda presentes, é então hipótese de pronta progressão para o estágio subseqüente do curso da execução, reclamando-se então a elevação de regime prisional que, aqui, não mais deve tardar.

É comum a afirmativa de que a reforma legislativa de 1984 teria afastado do sistema a noção de *periculosidade*, escanteando-a exclusivamente para as hipóteses de inimputabilidade (absoluta ou relativa): de fato assim é, mas em termos. Ao aceitarmos essa noção temos que ter claro que, de qualquer modo, o direito penal não é operacionalizável sem uma categoria específica que se refira ao potencial criminógeno propriamente dito, reclamo este que fica ainda mais nítido no direito de execução penal. Daí porque, mais recentemente, vem sendo com felicidade proposta a noção de *perigosidade* que, ao mesmo em que não se confunde com aquela, todavia deixa remanescer no sistema uma categoria teorética referida diretamente ao potencial criminógeno do réu/condenado, ou seja, a sua exata (e atual) capacidade de se voltar ao cometimento de crimes.

(a) deferimento

• "Embora a concessão da progressão prisional ou de qualquer outro benefício se revista de forte dose de risco, cujo acerto ou não só o tempo haverá de dizer, não há como negá-la àquele que satisfaz os pressupostos a tanto exigidos apenas porque um dia apresentou alto potencial criminógeno. A menos que se queira impor desalentadora perspectiva de inatingível liberdade, que não poucas vezes as aflições, rigor e privações do cárcere já a tornaram viável. E sempre existindo a possibilidade de regresso no itinerário da execução, em caso de demérito ou não adaptação do condenado ao regime prisional mais liberal (art. 118 da LEP)" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 104.636-3, São Paulo; j. 22.04.1991, v. u., Rel. Manoel Carlos; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 34.111; red.).

• "A promoção ao regime semi-aberto é assegurada a todo reeducando que, além de satisfeito o requisito objetivo de tempo, dê seguras mostras de ter adquirido, por méritos pessoais, a capacidade de adaptação à vivência social, sem ponderáveis riscos de periculosidade; não se podendo negá-la tão-só a pretexto da gravidade do delito cometido, circunstância não prevista em lei; ou tampouco em razão do *quantum* da pena imposta, desde que já considerada no próprio escalonamento dos regimes

prisionais e no critério do adotado sistema progressivo" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 168.231-3/1, São Paulo; j. 05.12.94, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira).

• "Pode ser deferida a progressão ao regime semi-aberto mesmo à vista de parecer técnico contrário apontando aspectos desaconselhadores da medida pois, à vista de largo tempo de reclusão, não é desusada a existência de alguns elementos desfavoráveis, sendo lícito que se abra crédito de confiança ao sentenciado que goza de boa conduta carcerária, sem registro de infrações administrativas, exercendo atividade produtiva e cujos delitos, embora de suma gravidade como roubo, latrocínio e estupro, foram cometidos na juventude, há muitos anos atrás" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 188.633-3/2, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Angelo Gallucci; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 198.481).

• "Se o exame criminológico traz as informações suficientes e aponta favoravelmente à pretensão, deve ser deferida a progressão ao semi-aberto, não se tratando de exigir provadas garantias de que não haverá reincidência mas, apenas, um prognóstico favorável nesse sentido, não sendo também impedimento a natureza do delito cometido, eis que já considerada na apenação, inexistindo previsão legal para tanto" (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.; 1.ª inst.-VEC/SP 321.629).

• "A gravidade do crime, por mais extensa que seja, não constitui impedimento à progressão ao regime aberto, como se infere do art. 112 da LEP que exige, tão só, o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. Exec. 210.641-3/2, São Paulo; j. 01.10.96, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; red.).

• "É pacífico que o montante da pena e a gravidade do delito ou dos crimes praticados pelo sentenciado, por si só, não constituem óbices para o deferimento da progressão ao regime semi-aberto" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 208.391-3/0, São Paulo; j. 03.03.97, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.).

(b) indeferimento

• "O art. 112 da LEP estabelece o requisito mínimo do cumprimento de um sexto da pena corporal e seu par. ún. a necessidade de parecer da CTC e exame criminológico, quando necessário. A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, esclarece que o mérito do condenado deve ser entendido como *aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.* A progressão nas execuções penais, é sabido, destina-se a propiciar a gradativa ressocialização do delinqüente. O escopo final da Justiça Penal ainda é o de recuperar os infratores, devolvendo-os em condições de convívio normal na sociedade. É fundamental, portanto, que nos pedidos de progressão na execução se examine a viabilidade de ser deferido o benefício à luz da capacidade do sentenciado de integrar-se, sem riscos à sociedade, sendo sempre prevalente o interesse público, ao regime mais favorável que pleiteia, não devendo o pedido ser deferido quando o pretendente é indivíduo perigoso e pluri-reincidente, especializado em delitos de furto e roubo qualificados, cometidos por volta dos 20 anos de idade, com longa pena a expiar, não tendo, de acordo com o laudo criminológico, aquela *aptidão* de que trata a referida Exposição de Motivos, não estando em condições de caminhar dentro de um processo de ressocialização, tratando-se antes de caso a ser tratado sempre com o maior cuidado, inclusive pela alta periculosidade e pela extensa folha de condenações, demonstrando personalidade efetivamente de difícil readaptação ao meio social, inclusive pela predileção pelos crimes qualificados contra o patrimônio" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 500.945/5, São Paulo; j. 23.12.87, v. u., Rel. Marrey Neto; red.).

• "Embora satisfeito o requisito temporal e seja favorável o parecer da CTC, não se defere a progressão quando o passado de vida do pretendente foi voltado ao crime, não recomendando que se corra novos riscos de recidiva, seja também em razão de faltas disciplinares, seja ainda à vista da prática de latrocínio quando se encontrava em regime aberto, devendo agora aguardar por mais tempo no regime fechado até que, com segurança, possa ser promovido ao regime semi-aberto" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 101.948-3, São Paulo; j.

27.02.1991, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 97.945).

• "Muitas condenações, evidenciando forte tendência criminógena, reclamam maior rigor para o deferimento da progressão ao semi-aberto, não bastando a conclusão favorável de laudo técnico, impondo-se nesse caso melhor consulta à tranqüilidade social, aguardando-se que o comportamento carcerário melhor evidencie a oportunidade da medida" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Agr. Exec. 154.448-3/4, São Paulo; j. 17.03.1994, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

• "Não se pode privilegiar em demasia o exame criminológico, que representa, apenas, um instrumento de auxílio do Juiz, sem vinculá-lo às suas conclusões. Assim, a autoridade judiciária não fica adstrita às opiniões ou presunções estabelecidas no trabalho pericial, podendo decidir contrariamente a elas sempre que julgar conveniente em nome do interesse maior que é o social. Tratando-se de condenado com longa pena que cometeu crime grave, recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão em sistemas mais brandos, principalmente em regime semi-aberto, onde as restrições à liberdade corporal são mais fracas do que aquelas encontradas no atual regime. Aliás, esta E. Primeira Câmara tem entendido que, *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (Agravo 156.308-SP, j. em 21.03.94, Rel. Des. Gomes de Amorim). Nesses casos, o condenado não se socorre com a alegação de que tem boa conduta carcerária, pois, conforme orientação jurisprudencial dominante neste E. Corte, *a progressão para regime menos rigoroso supõe mér2ito que a autorize e este não se identifica com o simples bom comportamento carcerário* (RJTJESP, ed. Lex, 111/522, Rel. Des. Dante Busana). No mesmo sentido, a lição de FABBRINI MIRABETE: *Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social* (*Execução Penal*, ed. Atlas, 1987, p. 294)" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 166.101-3/4, São Paulo; j. 31.10.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 305.611; red.).

• "Embora a LEP preveja a progressão no cumprimento das penas, objetivando facilitar a reintegração dos sentenciados à vida em sociedade, a mesma no entanto deve cercar-se das devidas cautelas, a fim de não por em risco essa mesma sociedade, em favor da qual, na dúvida, deve pender a solução" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 167.382-3/2, São Paulo; j. 21.11.94, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

• "Não ensejando o laudo criminológico a segura certeza do efetivo mérito do sentenciado à progressão ao regime semi-aberto, a dúvida instalada é de ser interpretada em favor da sociedade, cuja paz e tranqüilidade não podem e não devem correr os riscos conseqüentes de uma precipitada progressão de quem, mesmo com anterior condenação, voltou a cometer crime grave, aspecto que, por si só, é indicativo de uma periculosidade que não se pode ter nem mesmo por abrandada" (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 907.699/2, São Paulo; j. 01.12.94, v. u., Rel. Barbosa de Almeida; red.).

• "Não obstante pareceres favoráveis da diretoria e da comissão técnica de classificação do estabelecimento prisional, a prudência recomenda que se aguarde mais tempo para aferição do requisito subjetivo com vistas a progressão ao semi-aberto quando o pretendente, condenado pelas práticas de latrocínios, registra ainda longa pena a cumprir e seu estudo psicológico não deixa de mostrar aspectos negativos na sua personalidade" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 168.859-3/7, São Paulo; j. 06.04.1995, v. u., Rel. Cardoso Perpétuo; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 255.611; red.).

• "Não é de ser deferida a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente, havendo praticado uma infinidade de crimes contra os costumes e patrimoniais violentos, suportando condenações a muitas dezenas de anos, de acordo com o parecer técnico da CTC ainda tem mantida sua perspectiva de reinci-

dência" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 188.425-3/3, São Paulo; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

• "A progressão ao semi-aberto não é meio de operar experiências, com riscos ostensivos à coletividade, não se deferindo ao Juízo da execução abrir a porta da cadeia, recolocando detentos perigosos em convívio social periclitante. Cabe ao magistrado zelar pela segurança das pessoas honestas, devendo variar seus critérios de austeridade ou de severidade consoante o crime praticado; o carácter de seu autor e suas distorções; a tolerabilidade ante às adversidades sociais, econômicas, patrimoniais e educacionais; o grau de insensibilidade; a periculosidade como tema abrangente. Afinal, a lei dos crimes hediondos alertou para a necessidade de repressão maior quando o agente praticou crimes infames ou infamantes, rigor este que se impõe mesmo quando o delito é anterior à vigência dessa lei, não por sua retroatividade maléfica, mas sim como critério moral porquanto, independentemente da catalogação atual, tais crimes miseráveis sempre foram miseráveis, dissesse-o ou não a lei" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 185.857-3/2, São Paulo; j. 16.10.1995, v. u., Rel. Ary Belfort; red.).

• "Não estando presente a presunção de que o pretendente não voltará a delinquir, descabe a sua progressão ao regime prisional semi-aberto" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 200.553.3/2, São Paulo; j. 07.03.96, v. u., Rel. Denser de Sá; red.).

• "A execução penal tem forte dose de responsabilidade social. Não se deve ir colocando em liberdade pessoas que não atendam ao mínimo de perspectiva de conduta subseqüente correta. Não cabem aventuras, em libertar (ou quase) multicondenados que já demonstraram má adequação à vida em sociedade. Insta que provem, que demonstrem, que ostentem condições ensejadoras de certeza (claro que apenas relativa) quanto a não estar, o Judiciário colaborando na recolocação de sicários, em liberdade; e mais fazendo periclitar a já abalada segurança da sociedade. E mais fazendo descrer, a população, nesta justiça dos homens" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 197.653-3/4, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; red.).

• *"Progressão de regime prisional – Condenado que ainda é suscetível aos seus impulsos, não controlando sua agressividade – Não se pode falar em concessão a título de estímulo – Recurso improvido"* (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 204.308-3/4, São Paulo; j. 16.05.96, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

• "O só fato de terem os profissionais da CTC mencionado a existência ainda de alto índice de periculosidade, com grande possibilidade de reincidência, é bastante para o indeferimento da pretensão de progressão ao regime semi-aberto" (TACRIM-SP, 3.ª C.; Ag. Exec. 1.014.629/5, São Paulo; j. 18.06.96, v. u., Rel. Ferreira Rodrigues; red.).

22.14.8 Predicados positivos ou negativos isolados:

Nota: evidentemente, predicados isolados não servem como fatores decisivos na avaliação do "mérito" do condenado, seja para fins de progressão de regime prisional, seja mesmo à luz de qualquer outro instituto da execução penal. Comumente vemos a prática de se pinçar frases isoladas do parecer técnico (positivas ou negativas) como fundamento da decisão quanto à progressão: trata-se de expediente estreito que, antes, revela o desconhecimento ou a incapacidade para a elaboração de uma avaliação mais global que, sempre, é aquela que se faz necessária.

(a) deferimento

• "Impõe-se o deferimento da progressão ao semi-aberto quando atendido o lapso temporal e o parecer técnico é favorável à medida, com o pretendente exibindo boa conduta carcerária, ainda que tenha ele pensamentos simples e pobres aliados a uma personalidade mal estruturada, já que se trata de características de quem se encontra preso há longo tempo, sujeito aos influxos próprios da vida no cárcere" (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 815.315/2, São Paulo; j. 08.09.1993, v. u., Rel. Vanderlei Borges; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 245.503).

• "Apesar de observação desfavorável do exame psicológico, e pese embora o risco inerente ao sistema progressivo, é aconselhável

dar ao sentenciado a oportunidade de sua progressão ao semi-aberto, na expectativa de que faça dela meio legítimo de reintegração social, quando atende ele ao requisito temporal e ostenta boa conduta carcerária com aproveitamento laborterápico, obtendo pareceres favoráveis da CTC e da diretoria do estabelecimento" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 869.995/1, São Paulo; j. 13.07.1994, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; tj. 12.09.1994; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 145.709).

• "A perícia criminológica, amparando-se no labor de equipe interdisciplinar, deve ostentar fundamentada síntese. Cumpre repetir – e mais outra vez – não há quatro laudos: clínico, social, psicológico e psiquiátrico. Existe, tão-só, um laudo pericial e sua aludida conclusão. *Isso implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na seleção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotados. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de 'provável' reincidência, ou emendabilidade) e de adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos* (Maranhão, Odon Ramos. *Psicologia do crime e a lei 6.416/77*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 50). É preciso, contudo, não privilegiar, em demasia, o exame. Itere-se que se trata de meio de prova; mesmo quando exibe prognóstico. No sistema brasileiro, quanto à valoração, o juiz não se vincula à perícia, seja exame, vistoria ou avaliação. Guarda o livre convencimento (arts. 157, 181 e 182, do CPP e art. 436, do CPC). Tal liberdade significa convencimento motivado, ou persuasão racional. Necessidade, pois, de dizer, sempre, porquê aceita, ou rejeita a perícia, no todo ou em parte (art. 182, do CPP). Não é pontual dizer que o juiz só afasta a conclusão da perícia, por erro, dolo, ou outro vício. Arreda-a, tanto que insatisfatória, do ponto de vista técnico-opinativo. Impossível admitir laudo obscuro, omisso, ou contraditório (art. 181, do CPP). O juiz não se deixa guiar pela perícia, serve-se dela, quando decide; ou a manda completar, esclarecer, refazer; ou, ainda, a abandona. Daí, a precisão mínima de se achar aprestado para criticá-la. Em face do forte poder-dever inquisitivo, no processo penal, tal exsurge evidente. Importa desvendar a verdade material, que não se acha, unicamente, no processo de conhecimento de natureza condenatória (art. 184, do CPP). Desútil, com a devida licença, pinçar frases, nos tópicos, extraindo-as do contexto, para rejeitar a conclusão favorável à progressão ao semi-aberto. Se o entendimento é que a conclusão irrompeu contraditória, no laudo, importa determinar aos expertos que esclareçam o exame, ou que ultimem outra perícia. Sem cabência, com a devida vênia, decidir a questão, em base de meio de prova, que se tem por incoerente, ou discrepante; tanto que possível aclareá-lo, ou repeti-lo (art. 181, do CPP). Em processo penal, de conhecimento de índole condenatória e em processo de execução, ocorre certa anacronia, ou inversão do tempo. A organização temporal, no primeiro, recua, buscando refazer o passado, para tentar adequá-lo a uma figura típica, ou modelo legal. Movimenta-se, pois, de modo retrospectivo, em analepse, no tocante ao fato-infração penal, em face do presente da ação judiciária. A profundidade do retorno e sua dimensão temporal mede-se pelo alcance e amplitude da acusação aforada. Já, o processo de execução penal avança no tempo, quando almeja a prevenção especial, desejando a harmônica integração social do condenado, mas, sempre no futuro. Opera, assim, em prolepse, no respeitante à pena infligida, que está em cumprimento. Seu alcance e amplitude, por evidente, surgem bem mais restritos, visto que transcendem ao simples comando jurídico. Impossível julgar, de novo, ainda que não sejam de desprezar as informações jurídico-penais. As penas longas, a atender, de manifesto, não podem obstacular a promoção de regime. Recorde-se de que o caminhar, na execução da reprimenda privativa de liberdade, visa a diminuir o fenômeno da prisionização e do choque com o mundo livre. Como pano de fundo tem-se a relapsitude. Observe-se, ainda, que a individualização penal consiste em matéria constitucional e que a executória se encontra estabelecida (art. 5.º, ns. XLVI, XLVIII, XLIX e L, da CF c/c arts. 33, 34 e 35, do CP e, também, arts. 6.º a 9.º, 87 a 98 e 110 a 119, da LEP). Impedir a aplicação da forma progressiva, com a devida licença, exige sólida motivação. O merecimento, demonstrado no correr da execução penal, verifica-se pelo conjunto de informações sobre o condenado. Isoladamente, nenhum parecer aflora decisivo, salvo quando surge tão negativo que se sobrepõe a todos os outros favoráveis" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 904.033/0, São Paulo; j. 12.04.1995, v. u., Rel. Sérgio Pitombo; 1.ª inst.-VEC/SP 272.327; red.).

• "Descabe ao juiz reduzir ou recusar cerebrinamente os pressupostos subjetivos da progressão ao semi-aberto, devendo os técnicos apontar a conveniência ou não da medida, já que o juiz, embora não adstrito à perícia, por não dispor de formação e conhecimento especializados, no mor das vezes há de acompanhar o parecer técnico, cujas conclusões devem ser repelidas apenas quando desmentidas pelo restante da prova. Como é intuitivo, a progressão de regime reveste-se de acentuados riscos conscientes, já que apenas o tempo indicará seu efetivo merecimento: negá-la por detalhes internos é fazer letra morta do art. 112 da LEP, impondo a pessoa geralmente mal estruturada a desalentadora perspectiva de ser inatingível a mitigação dos rigores da vida carcerária, embora a medida possa ser viável e merecida. Afinal, o semi-aberto é também regime encarcerador e a possível inadaptação eventualmente acarreta a regressão ao regime fechado" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 183.166-3/4, São Paulo; j. 05.06.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 290.259).

(b) indeferimento

• "Embora aperfeiçoado o requisito temporal, é de ser negada a progressão ao semi-aberto enquanto o reeducando ainda não oferece seguras mostras de se achar capacitado para o reingresso à vida em comum, sem os ponderáveis riscos de voltar a delinqüir. A prudência e o bom-senso indicam a ausência dos exigíveis e estáveis méritos de ordem subjetiva quando, em que pese a boa conduta carcerária, o bom desempenho laborterápico e o parecer favorável da CTC, o conteúdo do exame criminológico revela aspectos negativos na personalidade do pretendente que não indicam a progressão" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 187.957-3/3, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 315.025).

22.14.9 Parecer técnico e deficiência de constituição: deferimento

Nota: a constituição normal da CTC é aquela indicada no art. 7.º da LEP. Contudo, por pura deficiência administrativa, muitas vezes será impossível obter a constituição completa, sendo comum a falta do parecer de um ou mais setores daqueles elencados na lei penal, sobretudo de técnicos específicos (assistente social, psicólogo ou psiquiatra). Nesses casos, tratando-se de omissão estatal, evidentemente não pode o condenado ser prejudicado no processamento ou mesmo no mérito do seu pedido, cabendo a pronta decisão judicial mesmo com a dispensa do parecer omitido e, então, com base nos elementos informativos e opinativos remanescentes.

• "É dispensável a conversão do julgamento do recurso em diligência para o fim de que o agravante seja submetido a exame psiquiátrico para complementação do laudo criminológico quando os laudos social e psicológico, já existentes nos autos, são suficientes para demonstrar a inconveniência da progressão pretendida" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.000.729/5, São Paulo; j. 26.03.96, v. u., Rel. Hélio de Freitas; red.).

22.14.10 Parecer técnico e sua opinião:

Nota: não há qualquer divergência no sentido de que o Juiz da execução não está, evidentemente, restrito ao momento opinativo do parecer técnico, podendo decidir contrariamente à conclusão da CTC quando o fizer (porque sempre deverá fazê-lo) devida e claramente motivado. Da mesma forma, é sempre obrigação do Juiz da execução dizer porque acompanha ou porque não acompanha o parecer técnico.

(a) deferimento

• "Defere-se a progressão ao semi-aberto quando os técnicos, embora apontando senões na personalidade do preso, manifestaram-se favoravelmente à pretensão, mesmo porque têm eles melhores condições para avaliar o quanto aqueles defeitos podem ou não prejudicar a medida" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 143.391-3/8, São Paulo; j. 23.08.1993, v. u., Rel. Barreto Fonseca; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 321.642).

• "A avaliação da boa condição subjetiva do condenado não deve ser deduzida cerebrinamente pelo magistrado, mas sim ressaltada por exames especializados, criminológicos,

psicológicos e psiquiátricos, opinando os técnicos quanto à conveniência da progressão ao semi-aberto. Se o juiz não está adstrito às conclusões periciais, não é menos evidente que, no mor das vezes, sua convicção há de repousar no parecer especializado, o qual apenas deve ser repelido quando desmentido pelo restante da prova" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 156.829-3/8, São Paulo; j. 21.03.1994, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 256.312).

• "É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando todas as manifestações técnicas existentes nos autos são favoráveis à medida" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 165.119-3/9, São Paulo; j. 18.08.1994, v. u., Rel. Cunha Camargo; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 289.800).

• "É de ser concedida a progressão ao semi-aberto quando, embora opinando a CTC por unanimidade contrariamente ao pedido, os laudos, bem examinados, não demonstram fundamentos sérios que justifiquem tal parecer, mesmo porque é sempre provável que o sentenciado, em regime intermediário, obtenha melhores resultados na formação de sua personalidade e certo risco, naturalmente calculado, deve ser corrido, sendo mesmo da essência do sistema de promoção" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 172.843-3/9, São Paulo; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 236.681).

(b) indeferimento

• "Nega-se a progressão ao semi-aberto quando, segundo o exame criminológico, o sentenciado não reúne ainda condições de obter a progressão pretendida, devendo permanecer, por enquanto, no regime fechado" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 91.162-3, São Paulo; j. 18.07.1990, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 225.287).

• "Não se defere a progressão ao semi-aberto à vista de elementos desaconselhadores apontados pelos setores técnicos de psicologia e psiquiatria pois, se o juiz não está adstrito aos trabalhos especializados, também não pode julgar contra a realidade dos autos, mesmo porque, conforme ensinamentos, em se tratando de prognóstico criminológico a regra *judex peritus peritorum* há de ser aplicada com prudência, não devendo o juiz contradizer dados científicos ou sobrepor sua valoração *atécnica* à dos técnicos qualificados. Ademais, diante de parecer técnico adverso perdem relevo tanto o bom comportamento carcerário, que não se confunde com sua capacidade de readaptação social, quanto o trabalho penitenciário que não prepondera sobre o mérito subjetivo que reforça o entendimento desvantajoso" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 666.359/0, São Paulo; j. 23.05.1991, v. u., Rel. Haroldo Luz; tj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 288.541).

• "A progressão para o regime semi-aberto não depende apenas do requisito temporal, devendo ser verificado ainda o mérito do condenado, na dependência também do exame criminológico que, a despeito de não vincular o juiz, em sendo desfavorável traz, de acordo com a doutrina, *indício seguro de inadaptação do condenado ao regime pretendido*" (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 624.253/4, São Paulo; j. 28.08.1991, v. u., Rel. Penteado Navarro; tj 24.10.1991; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 254.946).

• "À obtenção da progressão ao regime semi-aberto não basta tão-somente o preenchimento do requisito de ordem objetiva, que diz com o decurso de determinado lapso temporal no cárcere. Se exige também o implemento de condição subjetiva, que cuida da aptidão psicológica, adequação temperamental, aliadas ao bom comportamento e presença de senso de responsabilidade. O primeiro requisito corresponde à soma aritmética do tempo de encarceramento, enquanto que o segundo é aferido por meio de dados objetivos da vida carcerária do sentenciado e do resultado de diversos exames especializados, onde os técnicos dirão da conveniência ou não da evolução pretendida. Se é certo que o magistrado não está adstrito às conclusões periciais, podendo decidir segundo seu livre convencimento, não se pode olvidar que sua convicção quanto ao mérito do condenado quase sempre se embasa no parecer de técnicos especializados, cuja manifestação só pode merecer repúdio se desmentida pelo remanescente da prova. Assim, é de ser negada a progressão ao semi-aberto quando, embora satisfeito o requisito temporal, o pretendente não reúne porém méritos suficientes, consoante

o resultado desfavorável do exame criminológico" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 151.879-3/9, São Paulo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Devienne Ferraz; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 315.471; red.).

• "O art. 112 da LEP deixa claro que, como foi bem consignado em sua Exposição de Motivos, a progressão da pena, com transferência de um regime para outro menos rigoroso, depende de um fator objetivo – cumprimento de no mínimo 1/6 da pena – e de outro subjetivo – este o mais importante –, já que a punição visa a reabilitação daquele que delinqüiu, demonstração de mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução, e apurados mediante parecer da CTC e, se for o caso, de exame criminológico. Não se defere a progressão ao semi-aberto quando os órgãos técnicos foram categóricos em opinar contrariamente à pretensão, por entender que o pretendente não apresenta condições para recebê-la, assim também entendendo a Diretoria do estabelecimento. Anote-se que o fato de o art. 182 do CPP consignar que o juiz não fica adstrito ao laudo não significa que tenha que rejeitá-lo sempre. Também não se pode afirmar que, indeferindo o pedido, com base nos laudos, tenha o Juízo ofendido o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, porque se, como reconhecido, o reeducando ainda não tem condições subjetivas para a progressão, tal ofensa haveria se o pedido fosse deferido" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 869.999/9, São Paulo; j. 30.06.1994, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

• "A respeito do trabalho técnico-pericial, consoante já entendeu esta mesma Câmara, em v. acórdão da lavra do e. e saudoso Juiz Vito Guglielmi, *A toda evidência, reúnem tais profissionais melhores condições para a avaliação do sentenciado que pretende progressão no regime. E o Juízo, por ser, teoricamente, leigo no assunto, tem que basear sua decisão em pareceres de pessoas especializadas. É certo que tais pareceres são opinativos. Não menos certo, porém, que retratam, com boa margem de segurança, a personalidade do encarcerado.* Assim, e embora não esteja o magistrado sentenciante adstrito às conclusões do laudo técnico, é inquestionável que seria uma temeridade deferir um pedido de progressão quando o detento não está apto para assumir as responsabilidades de um regime mais ameno. Inapto, irá aproveitar-se da menor vigilância, fugindo ou praticando novos delitos. Em qualquer hipótese, infringindo tais normas, terá que retornar ao regime fechado, o que lhe acarretará prejuízo" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 905.499/6, São Paulo; j. 26.10.94, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

• "A progressão do regime de cumprimento de pena tem em conta fatores de duas ordens: uma objetiva (lapso temporal, ausência de regressão, etc.) e outra de ordem subjetiva (mérito pessoal do reeducando). Não merece ser promovido ao semi-aberto o condenado que apresenta conduta apenas boa, sendo-lhe desfavorável o parecer da Comissão Técnica, não reunindo mérito suficiente para ensejar o benefício, sobretudo quando ostenta condenações por delitos gravíssimos, o que recomenda, por si, maior cautela na avaliação de sua conduta" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 179.749-3/0, São Paulo; j. 04.05.1995, v. u., Rel. Vito Guglielmi; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 194.501; red.).

• "Embora o laudo criminológico não vincule o julgador, constitui porém valioso subsídio técnico, que não se pode deixar de levar em consideração, mormente quando assinala fatores negativos que evidenciam a falta de mérito do sentenciado para a progressão ao regime semi-aberto" (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.051.481/8, São Paulo; j. 01.04.97, v. u., Rel. Renê Ricúpero; red.).

22.14.11 Reincidência ou maus antecedentes: indeferimento

Nota: em matéria de execução penal (como aliás deveria ser também em todo o direito penal), a reincidência não deve ser tratada como uma categoria puramente formal mas, sim, dentro de uma ótica criminológica mais completa. Estranháveis, portanto, a rejeição ou o deferimento com base em antecedentes ou reincidência quando, a rigor, tais categorias estão referidas à noção de *perigosidade*, assim devendo ser colocado seu questionamento.

• *"Habeas corpus" – Progressão de regime – Pressupostos subjetivos – Ausência de ilegalidade.* Progressão de regime de cumpri-

mento de pena não concedida à vista dos antecedentes do paciente. Decisão fundamentada. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada" (STF, 2.ª T.; HC 72.749-2, Rio Grande do Sul; j. 22.08.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 03.05.1996, p. 13.901).

22.14.12 Reparação do dano: desnecessidade

Nota: não há nenhuma exigência de reparação de dano para a progressão ao semi-aberto, de forma que a decisão respectiva sequer precisa estar referida a esse aspecto.

• "Composição do dano pelo sentenciado não é pressuposto para a progressão ao regime semi-aberto" (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.; 1.ª inst.-VEC/SP 321.629).

• "De fato, é dever do condenado indenizar a vítima ou seus sucessores (art. 39, VII, da LEP), mas exige-se que tal indenização esteja fixada judicialmente (cfr. Mirabete, Júlio Fabbrini, *Execução penal*, 4.ª ed., Atlas, item 2.45, p. 114), constituindo, outrossim, condição – salvo a impossibilidade de fazê-lo – nos pedidos de livramento condicional (art. 83, IV) e de reabilitação (art. 94, III, do CP), todavia o pagamento de indenização à vítima ou seus sucessores não constitui requisito para a progressão de regime prisional" (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.006.049/2, São Paulo; j. 21.03.96, v. u., Rel. Rubens Elias; red.).

22.15 Reiteração de pedido: possibilidade

Nota: eis aí um dos aspectos mais polêmicos de nossa execução penal. De fato, no plano legal não há qualquer regra que regule a reiteração do pedido de progressão após o indeferimento da pretensão anterior, inexistindo assim uma prazo mínimo. Da mesma forma, também não é impossível a reapresentação de novo pedido (ou seja, instruído com novo parecer técnico e referido a novo momento da execução) quando o indeferimento do pedido anterior ainda se encontra em fase de recurso: trata-se de novo pedido que não encontra o óbice da litispendência porque seu fundamento jurídico é diverso (nova causa remota de pedir).

A inexistência de regra legal específica tem levado operadores a alguns "acertos" com as administrações prisionais, de forma que se estabeleça um prazo mínimo para a reiteração (fala-se, nesse sentido, no prazo de seis meses ou, então, no prazo de um sexto da pena restante). De qualquer modo, como se trata de combinações à revelia do texto legal, com carga limitativa, devem ser estabelecidas com redobrados critérios e, nunca, em tons propriamente absolutos.

• "Indeferido o pedido de progressão ao semi-aberto por falta de mérito, nada impede que, oportunamente, quando se sentir em melhores condições psicológicas, o sentenciado insista em novo pedido, cabendo lembrar que a LEP não estabelece prazo algum para tal renovação (RT 609/352)" (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 579.377/4, São Paulo; j. 27.07.89, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

22.16 Demora na apreciação judicial do pedido

Nota: em princípio, o processamento judicial do pedido de progressão deve ser rápido. Porventura já instruído com o pedido do Defensor, deve ser aberta oportunidade para a manifestação do Ministério Público, sobrevindo então (e desde logo) a decisão judicial. Como sempre, apesar da simplicidade desse procedimento, não raramente muitos fatores ocasionais acabam provocando atrasos, devendo o Juiz da execução atuar com diligência para prontamente repelir postulações e postergações inúteis ou incompatíveis com a celeridade do procedimento. Assim também devem postar-se ambas as partes: quando o caso, podem oferecer argüições de caráter preliminar mas, de todo modo, incumbe-lhes desde logo manifestarem-se também quanto ao mérito, já que compromissadas com o princípio da eventualidade, não estando o Juiz obrigado a lhes abrir nova oportunidade de manifestação se elas próprias não souberam bem aproveitar a que lhes foi dada.

É comum a prática de ouvir-se a Defesa após a manifestação do MP: a rigor, tal oitiva

seria necessária apenas quando houve a juntada de algum novo elemento nos autos e a Defesa ainda não foi ouvida a seu respeito. Em se tratando de pedido inicial subscrito pela Defesa e já inteiramente instruído, a bem da verdade bastará a oitiva do Ministério Público para que sobrevenha a decisão judicial.

O Estado tem assim o dever da jurisdição, o que equivale dizer: o dever da pronta jurisdição. Sob pena de sua negativa, não se pode admitir atrasos inúteis e não motivados, cabendo o controle recursal ou por *habeas corpus* para que o Juiz ou decida imediatamente o mérito do pedido ou, então, motivadamente explicite com rigor o porquê de não o estar fazendo.

• *"Progressão de regime prisional em 'habeas corpus' – Concessão da ordem – Recurso de 'habeas corpus'.* Comprovado estar sendo o paciente, vítima de injustificável demora no deferimento do seu direito à progressão ao regime semi-aberto, defere-se-lhe a ordem para que aguarde no regime pleiteado, a final apreciação de seu pedido pelo Juízo das Execuções Penais. Ordem deferida" (STJ, 6.ª T.; RHC 2.168-1, São Paulo; j. 26.10.1992, v. u., Rel. José Cândido; DJU 16.11.1992, p. 21.164; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 1, n. 2, abril-junho 1993; p. 250).

• "A excessiva demora na tramitação do pedido de progressão pode transformar-se em contrangimento ilegal. Recurso provido com o deferimento da ordem, na forma requerida no *writ*, para que o Juízo das Execuções decida, com urgência, a pretensão do paciente" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.183-2, Rio de Janeiro; j. 17.11.1993, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 29.11.1993, p. 25.897; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994; p. 200).

• "Não é admissível que pedido tão corriqueiro como o de progressão ao regime aberto reste aparentemente esquecido, pelos escaninhos da Escrivania do Juízo das Execuções. Compreensível pode ser o acúmulo, ou a crise do sistema penitenciário. Mas, tudo isso não será suficiente a justificar tanto sacrifício ao sentenciado, que tem legítimo direito de ver decidido o pedido de progressão, em prazo razoável, não um elastério quase ânuo. Assim, resta que, ainda que inviável sua promoção por via de *habeas corpus*, necessário que se obvie o constrangimento pelo imotivado retardo, admitindo-se que, em liberdade, aguarde solução de direito" (TACRIM-SP, 10.ª C.; HC 298.870/7, São Paulo; j. 05.02.97, v. u., Rel. Jo Tatsumi; red.).

22.17 Decisão judicial: fundamentação

Nota: toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, de acordo com o imperativo constitucional. Sabe-se que são comuns os trechos repetitivos de uma decisão, mais propriamente aqueles de caráter técnico-compreensivo: a eles deve seguir porém o momento concreto e particular da decisão, o esclarecimento dos tons específicos do caso em julgamento.

É claro: o que se exige do julgador não é a repetição literal das informações que já estão nos autos, cuja leitura aliás é também pública. Mas cabe sim ao julgador a ordenação lógica dessas informações, com vistas a uma postura conclusiva, sob pena de incorrer sua decisão em nulidade.

• "Incorre em nulidade a sentença que, indeferindo pretensão de progressão ao regime prisional semi-aberto, carece porém de motivação, limitando-se ao indeferimento sem mencionar qual (ou quais) os requisitos subjetivos estava(m) ausente(s), máximo quando vários pontos positivos foram mencionados pela defesa e nada foi acrescentado pelo Juízo, ademais, na sustentação. Essa garantia, hoje de ordem constitucional (art. 93, IX da CF/88), compreende, em síntese: *1) O enunciado das escolhas do juiz com relação à individualização das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas que delas decorrem; 2) Os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) A consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos* (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 1995, p. 170, n. 4)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.050.077/1, São Paulo; j. 12.03.97, v. u., Rel. Evaristo dos Santos; red.).

22.18 Decisão judicial: trânsito em julgado e revisão criminal

Nota: as decisões referidas à progressão de regime prisional estão contaminadas pela cláusula *rebus sic stantibus*, sendo assim modificáveis pelo advento de novos fatos.

• "As decisões concessivas de prisão albergue transitam em julgado quanto ao fato decidido, apenas podendo ser revogado o benefício em razão de outro superveniente" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ap. 317.061-5, Capital; j. 14.02.1984, m. v., Rel. Adauto Suannes; RT 595/380).

• "*Habeas corpus*. Paciente que, em decisão executória, obteve a transferência para o regime prisional semi-aberto. Falta de efetivação dessa transferência, por pender pretensão posterior, deduzida pelo Ministério Público, visando à cassação de *sursis* concedido ao mesmo aqui paciente, cassação essa que, uma vez acolhida, poderia, eventualmente, agravar a regência prisional semi-aberta. Violação da coisa julgada formal ante a mera pretensão revogadora do *sursis*. *Habeas corpus* concedido" (TACRIM-SP, 11.ª C.; HC 289.048/3, São Paulo; j. 01.04.1996, v. u., Rel. Ricardo Dip; 1.ª inst.-VEC/SP 391.791; red.).

23. Regime Aberto em Específico

23.1 Condenação por crime grave: inadmissibilidade

Nota: sobretudo após a reforma de 1984 (alguns dos julgados abaixo são anteriores a ela), não há mais sentido em dizer que determinados tipos penais em sejam incompatíveis com qualquer dos três regimes prisionais. Todos os tipos de crimes acarretam uma execução que deve ter um curso próprio, em obediência a suas fases igualmente próprias: o que se quer evitar, a todo custo, é a reentrada plena do condenado no convívio social, após o cumprimento da pena total, de forma abrupta, sem a passagem pelos chamados estágios intermediários. Como toda pena é limitada (o que, aliás, marca pressuposto constitucional), admissível no plano científico que qualquer pena seja passível de progressividade.

• "O benefício da prisão albergue concedida ao traficante é de todo incompatível com os objetivos da pena. É favor personalíssimo e sua concessão depende de quatro fatores: escassa ou nenhuma periculosidade; compatibilidade, que não se confunde com o critério da periculosidade; oportunidade e conveniência" (TJSP, 4.ª C.; Rec. 24.210-3, Campinas; j. 12.12.1983, v. u., Rel. Geraldo Gomes; RT 593/339).

• "O benefício da prisão albergue é personalíssimo. Depende, para ser outorgado, dos requisitos da ausência de periculosidade, da compatibilidade com os objetivos da pena, da oportunidade e conveniência. Por isso, tem sido reiteradamente negado a traficantes de drogas" (TJSP, 4.ª C.; Ap. 26.561-3, Santos; j. 09.04.1984, v. u., Rel. Geraldo Gomes; RT 595/350).

• "Se a própria lei de tóxicos exige que o réu se recolha à prisão para poder apelar (art. 35 da Lei 6.368/76), se os decretos de indulto são negados ao traficante e se a lei atual é mais severa que as anteriores, visando a debelar essa mazela social que é a traficância, não se pode acenar com as facilidades de prisão albergue para indivíduos que ostentam profissionalidade no tráfico de entorpecentes" (TJSP, 2.º Gr. Cs.; Ap. 22.235-3/Einfrs.; j. 23.04.1984, v. u., Rel. Cunha Camargo; RT 596/337; v. Acórdão embargado em RT 591/331, Ement.).

• "O traficante de entorpecente é sempre considerado pessoa perigosa, tanto que a lei não lhe confere o direito de recorrer em liberdade da sentença condenatória, sendo ele sempre excluído dos indultos natalinos. Insubsistente, pois, a decisão que lhe concede a mercê da prisão albergue" (TJSP, 1.ª C.; Ap. 29.568-3, Santos; j. 03.09.1984, v. u., Rel. Castro Duarte; RT 592/326).

• "O comprovado tráfico de entorpecentes, com todo o séquito de torpezas e malefícios que acarreta, é incompatível com o benefício da prisão albergue domiciliar. Nem vale argumentar com o disposto no art. 33, § 2.º, "c", do CP (redação da Lei 7.209/84), cuja expressão *poderá* assiná-la o caráter facultativo da liberalidade" (TJSP, 1.ª C.; Ap. 34.429-3, Jales; j. 25.03.1985, v. u., Rel. Marino Falcão; RT 596/333).

23.2 Condições de permanência: local e cidade

Nota: é da natureza do regime aberto que o condenado permaneça em local conhecido e passível de fiscalização pelo Juízo da execução, podendo, durante o dia, exercer suas atividades profissionais próprias.

• *"Penal – Processual – Execução penal – Regime aberto – 'Habeas corpus' – Recurso.* 1. A Lei de Execuções Penais, art. 117, só admite prisão domiciliar, regime aberto, quando o condenado é maior de 70 anos ou acometido de doença grave ou condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante. 2. O réu destes autos está em regime aberto, trabalhando na lanchonete do pai e só indo à Cadeia Pública para dormir, assim mesmo em cela especial, sem contato com os outros presos. 3. Recurso conhecido mas improvido" (STJ, 5.ª T.; RHC 2.362-8, São Paulo; j. 18.11.1992, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 7.12.1992, p. 23.326; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 1, número 2, abril-junho 1993, p. 249).

23.3 Prisão albergue domiciliar e hipóteses legais específicas

Nota: as hipóteses legais específicas da modalidade de prisão albergue domiciliar (PAD) são aquelas previstas no art. 117 da LEP.

23.3.1 Deferimento

• *"Prisão domiciliar – Art. 117, III, da Lei de Execução Penal – Filhos menores.* Faz jus a paciente ao benefício da prisão domiciliar por se tratar de pessoa genitora de filhos menores" (STJ, 6.ª T.; RHC 3.794-6; j. 08.11.1994, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 06.03.1995, p. 4.391; Bol. IBCCrim 28, abril 1995, p. 96).

23.3.2 Indeferimento

• *"RHC – Execução da pena – Prisão domiciliar.* O regime domiciliar, para o cumprimento da pena, é excepcional, como estatui o art. 117, da Lei 7.210/84. Ademais, não restou evidenciada a impossibilidade da execução no DESIP. O acórdão recorrido registra que ali são satisfeitas as exigências da lei" (STJ, 6.ª T.; HC 3.757-1, Rio de Janeiro; j. 29.06.1994, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 1.4.1996, p. 9.942).

• *"RHC – Regime prisional – Progressão – Descabimento.* – Havendo informações de que o estabelecimento penal onde se encontra recolhido o preso, reúne acomodações próprias ao regime que foi condenado, improcede a alegada coação, que se pretende face obtenção de transferência de presídio. – Ausentes as condições de enquadramento ao art. 117 da LEP descabe postular progressão de regime. – Recurso improvido" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.101, Rio Grande do Norte; j. 13.12.1995, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 04.03.1996, p. 5.414).

• "A prisão-albergue domiciliar, excepcionalmente admitida em situações especiais, não será concedida, em princípio, fora das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execuções Penais" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.346, Rio Grande do Norte; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 3.6.1996, p. 19.265). No mesmo sentido: 1) STJ, 5.ª T.; RHC 5.357, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.265; 2) STJ, 5.ª T.; RHC 5.358, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.265; 3) STJ, 5.ª T.; RHC 5.427, Rio Grande do Norte; j. 07.05.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.266; 4) STJ, 5.ª T.; RHC 5.428, Rio Grande do Norte; j. 07.05.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.266.

• *"Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Prisão albergue – Seu cabimento apenas nas hipóteses do art. 117 da Lei 7.210/84.* O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão albergue somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84 (HC 68.118-SP)" (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).

• *"Execução penal – Pena de reclusão – Progressão de regime – Prisão domiciliar – Pressupostos – Inexistência – LEP, art. 117.* A progressão de regime prisional pressupõe o atendimento das condições inscritas no art. 112, da Lei de Execução Penal, aferíveis perante o juízo das Execuções Penais. Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em cima das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal. Recurso desprovido" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.351, Rio Grande do Norte; j. 09.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 10.06.1996, p. 20.393).

23.4 Prisão albergue domiciliar na falta de casa do albergado

Nota: a LEP não previu a hipótese de concessão de regime aberto quando o Estado não construiu ainda a respectiva casa do albergado, admitindo porém a concessão da PAD somente naquelas hipóteses do seu art. 117. Diante disso, e considerando que a grande maioria das comarcas ainda não dispõem de casa do albergado, a jurisprudência dos Estados passou a admitir – não sem muita relutância inicial – a concessão da versão da PAD mesmo fora daquelas hipóteses legais, a título de solução emergencial e precária. Todavia, o STF reiteradamente vem afastando essa solução, insistentemente repetindo que a PAD apenas pode ser concedida exclusivamente nas taxativas hipóteses legais. O certo, contudo, é que até o momento o STF ainda não esclareceu, em seus julgados, como deve ser composto, a nível de política prisional mais global, o conflito entre a omissão do Estado na construção de casas do albergado e os interesses individuais do condenado que, evidentemente, não pode suportar o prejuízo daquela omissão que não lhe diz respeito. Até que o faça, não vemos impropriedade de qualquer natureza na concessão da PAD para os condenados que já estão em regime aberto, ainda que não se enquadrem nas estritas hipóteses do art. 117 da LEP.

De qualquer modo, a concessão da PAD nesses casos tem caráter precário, devendo remanescer ou até a construção da casa do albergado reclamada ou, o que será mais freqüente, até nova decisão judicial a respeito da concessão do livramento condicional: aconselha-se mesmo que a decisão concessiva dessa modalidade de regime aberto faça expressamente tal advertência, pois o título jurídico correto para o condenado cuja pena ainda não está inteiramente cumprida e já se encontra nas ruas é, sem dúvida, o livramento condicional e não a prisão albergue domiciliar. Concede-se que a solução da PAD favorece o condenado na hipótese de prática de novo delito (pois então o tempo até então decorrido será considerado como de desconto de pena, o que não ocorrerá no livramento condicional): contudo, esse interesse (sem dúvida existente) não é propriamente um interesse jurídico e, portanto, não merece tutela jurisdicional. Para todos os demais efeitos, isto é, para todos os interesses propriamente jurídicos, o livramento condicional é sem dúvida mais adequado ao condenado que se encontre nesse estágio do cumprimento de sua pena. Assim, cabe ao Juízo da execução buscar atingir o estágio do livramento condicional mesmo quando o condenado já se encontra em PAD, podendo aquele, inclusive, deferir o livramento condicional de ofício e mesmo à revelia de posicionamento diverso da própria Defesa (embora não o possa fazer, é claro, sem oitiva prévia de ambas as partes).

23.4.1 Possibilidade

• "De acordo com precedente desta Câmara, não se enquadrando o sentenciado em nenhuma das hipóteses previstas de recolhimento em residência particular (art. 117 da LEP), mas inexistindo casa do albergado ou estabelecimento adequado ou vaga nos estabelecimentos indicados, deve ser observado o disposto no art. 58 da Lei Estadual 1.819/78 que, nessas hipóteses, autoriza o recolhimento em residência particular" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 445.783/3, São Paulo; j. 09.09.1986, v. u., Rel. Santi Ribeiro; tj 06.11.1986; red.).

• "A inexistência de casa do albergado, resultando da inadimplência da Administração Pública, não pode prejudicar o sentenciado com seu retorno ao regime fechado, o que caracterizaria excesso ou desvio de execução. Assim, a realidade determina que o regime aberto apenas possa operar-se através do albergue domiciliar" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 645.597/9, São Paulo; j. 12.03.1991, v. u., Rel.

Walter Theodósio; tj 06.08.1991; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 295.140).

• "*Prisão albergue domiciliar.* Cumprimento de pena em prisão domiciliar, à falta de casa de albergado ou de outro local adequado. Decorridos mais de cinco anos da edição da Lei de Execução Penal, tempo mais do que suficiente, ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou o Juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão albergue, por aplicação analógica do art. 117 da LEP, quando inexista casa de albergado ou outro local adequado. Recurso de *habeas corpus* provido" (STJ, 5.ª T.; RHC 2.052-8, Rio Grande do Sul; j. 08.09.1993, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.09.1993, p. 19.825-6; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 4, out.-dez. 1993; p. 183).

• "A jurisprudência desta Quinta Turma acabou por assentar que o condenado a cumprir a pena em regime aberto, se não existe a Casa de Albergado ou local adequado, pode cumpri-la no regime domiciliar" (STJ, 5.ª T.; HC 2.055-3, Rio de Janeiro; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 04.10.1993, p. 20.559).

• "A jurisprudência deste STJ vem admitindo o cumprimento de pena no domicílio do réu, se há prova de que não existe Casa de Albergado ou local reservado com igual finalidade, o qual, ainda que não seja o ideal, mas considerada a realidade do país, pode-se admitir como solução emergencial" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.355-0, Rio Grande do Sul; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.03.1994, p. 6.334).

• "Na falta de casa de albergado, ou de outro local adequado, há que se conceder ao réu sentenciado, condenado a cumprir pena em regime inicial aberto, a oportunidade de cumpri-la em residência particular, sob pena de subverter-se a execução da pena, de um regime menos rigoroso para um mais severo. Jurisprudência iterativa da Corte" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.461-0, Rio Grande do Sul; Rel. Flaquer Scartezzini; DJU 25.04.1994, p. 9.264).

• "Impõe-se conceder a ordem de *habeas-corpus* para que ao paciente que já cumpriu mais de um sexto da pena que lhe foi imposta seja garantido o direito à progressão para regime menos rigoroso e, à falta de casa do albergado, o benefício deve converter-se em prisão domiciliar" (TRF 3.ª Reg., 2.ª T.; j. 17.05.1994, v. u., Rel. Fauzi Achôa; DJU 26.07.1994, p. 39.640; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 64).

23.4.2 Impossibilidade

• "*Regime penal aberto – Progressão – Inexistência de casa do albergado – Prisão-albergue domiciliar – Impossibilidade fora das hipóteses estritas do art. 117 da Lei de Execução Penal – Ausência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.* O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado, se houver, na localidade de execução da pena, Casa do Albergado, que constitui, junto com outro estabelecimento adequado a tal fim, o instrumento necessário, insubstituível e essencial à sua concretização. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder Judiciário, fora das hipóteses estritamente contempladas no art. 117 da Lei de Execução Penal, a conceder a prisão-albergue domiciliar" (STF, Plenário; HC 68.108-2; j. 19.12.1990, m. v., Rel. Celso de Mello; DJU 4.2.1994, p. 910; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 49).

• "Nada justifica, fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei de Execução Penal (art. 117), a concessão de prisão-albergue domiciliar, sob o fundamento de inexistência, no local de execução da pena, de Casa de Albergado ou de estabelecimento similar" (STF, 1.ª T.; HC 70.058-6, São Paulo; Rel. Moreira Alves; DJU 28.05.1993, p. 10.385).

• "A prisão albergue domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84. Deferido o regime aberto, mas inexistindo casa do albergado, a solução será assegurar-se ao preso o trabalho fora da prisão, com o seu recolhimento noturno e em dias de descanso e feriados. Sendo assim, não há constrangimento ilícito na expedição do mandado de prisão" (STF, 2.ª T.; HC 70.628-2, São Paulo; Rel. Carlos Velloso; DJU 04.02.1994, p. 911).

• "O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado, *se houver*, na localidade de execução da pena, Casa do Albergado, ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar, fora das hipóteses contempladas, em *caráter estrito*, no art. 117 da Lei de Execução Penal" (STF, Plenário; HC 68.118-2, São Paulo; Rel. Celso de Mello; DJU 25.02.1994, p. 2.591). No mesmo sentido: STF, 2.ª T.; HC 70.335-6, São Paulo; Rel. Paulo Brossard; DJU 11.02.1994, p. 1.486.

• "Só pode a prisão albergue ser deferida nas hipóteses a que se refere o art. 117 da Lei 7.210-94 (Lei de Execução Penal). Não em razão da inexistência de casa do albergado. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 68.012 (Tribunal Pleno) e HC 68.123 (135/610)" (STF, 1.ª T.; HC 73.207-1, Rio Grande do Sul; j. 28.11.1995, v. u., Rel. Octávio Gallotti; DJU 08.03.1996, p. 6.215).

• "Assentada, no STF, orientação segundo a qual a inexistência de estabelecimento adequado, por não configurar nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 117 da LEP, não justifica a concessão de prisão-albergue domiciliar (RTJ 142/164 – Min. Celso de Mello)" (STF, 1.ª T.; HC 72.643-7, São Paulo; j. 06.02.1996, m. v., Rel. designado Ilmar Galvão; extraído de DJU 17.05.1996, p. 16.323).

• "*Execução penal – Pena de reclusão – Progressão de regime – Prisão domiciliar – Pressupostos – Inexistência – LEP, art. 117.* A progressão de regime prisional pressupõe o atendimento das condições inscritas no art. 112, da Lei de Execução Penal, aferíveis perante o juízo das Execuções Penais. Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em cima das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.336, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.742). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; RHC 5.359, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.743.

• "*Processual penal – 'Habeas-corpus' – Progressão de regime prisional – Inexistência de casa de albergado – Se a situação do réu não se encasa nas hipóteses do art. 117 da LEP, não faz ele jus à prisão domiciliar – Precedentes do STJ e do STF – Recurso improvido*" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.342, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393). No mesmo sentido: 1) STJ, 6.ª T.; RHC 5.347, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393; 2) STJ, 6.ª T.; RHC 5.356, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393.

• "*Processual penal – Recurso de 'habeas corpus' – Regime prisional fechado – Prisão albergue domiciliar – Impossibilidade.* 1. Fora das hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84, impossível se torna a concessão da prisão domiciliar ao fundamento de inexistência, no local de execução da pena, de estabelecimento penal adequado ao seu cumprimento. 2. Precedentes do STF e do STJ. 3. Recurso improvido" (STJ, 6.ª T.; RHC 5.339, Rio Grande do Norte; j. 23.04.1996, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393). No mesmo sentido: 1) STJ, 6.ª T.; RHC 5.344, Rio Grande do Norte; j. 2.4.1996, Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393; 2) STJ, 6.ª T.; RHC 5.353, Rio Grande do Norte; j. 23.04.1996, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393.

23.4.3 Outras soluções

Nota: soluções circunstanciais não podem, todavia, ser tomadas como uma política global, mesmo porque não dispõe o Judiciário de instrumentos efetivos para a implementação de uma política penitenciária que depende de decisões e recursos próprios do Poder Executivo.

• "*Execução penal – Prisão albergue.* Tendo o Estado destinado local que, mesmo não sendo o ideal, procura atender a situações de emergência, não cabe a transformação da prisão albergue em domiciliar, que tem sido

deferida ante a absoluta ausência de local adequado. Recomendação ao Juízo da Execução Penal para que promova gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado a fim de que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto" (STJ, 5.ª T.; HC 2.229-7; j. 24.11.93, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 13.12.93, p. 27.474; Bol. IBCCrim 13/38).

• *"Habeas corpus – Prisão-albergue domiciliar – Inexistência, na comarca, de Casa de Albergado.* 2. Sentença que condenou o réu a dois anos e oito meses de reclusão como incurso no art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, em regime aberto, *cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução.* 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do HC 68.118-2, que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado *se houver*, na localidade da execução da pena, Casa de Albergado ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa de Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, *em caráter estrito*, no art. 117 da Lei de Execução Penal. Decisão idêntica adotou a Corte no HC 68.012-7-SP. 4. Sob esse aspecto, o *habeas corpus* não pode ser deferido. 5. Tendo em conta, todavia, os termos da sentença, não recorrida no ponto pelo Ministério Público, o *habeas corpus* deve ser deferido, em parte, tão-só, para que a decisão seja executada, tal como dispõe a sentença, *em regime aberto cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução*" (STF, 2.ª T.; HC 72.997-5, São Paulo; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 22.03.1996, p. 8.202).

• "Na concessão da progressão ao semi-aberto, ante à dificuldade em conseguir-se vaga em Casa de Albergado ou estabelecimento semelhante, surgem dois caminhos: ou concede-se o regime aberto, a ser cumprido em prisão albergue domiciliar, mesmo não atendidos os requisitos do art. 117 da LEP, ou mantém-se o condenado em regime semi-aberto, aguardando vaga. As duas opções não são acertadas: a primeira, por conceder benefício para o qual o condenado não possui os requisitos; a segunda, por importar situação mais gravosa a quem não merece. Diante do impasse, impõe-se uma solução intermediária. Já se manifestou a jurisprudência no sentido de que *inexistindo casa do albergado na comarca, incumbe ao juízo das execuções providenciar cela especial em estabelecimento adequado para o recolhimento dos presos em regime aberto, e não conceder prisão albergue domiciliar, ofendendo o art. 117 da LEP, que apenas a admite nos casos excepcionais ali elencados* (RT 634/312; no mesmo sentido, acórdão do TJSP em RT 640/288). Assim, não obstante a divergência jurisprudencial encontrada, parece mais razoável e adequado que o sentenciado cumpra a pena em regime aberto, recolhendo-se à noite, finais de semana e feriados, em cela especial, na cadeia pública. Por fim, a posição alternativa de concessão de livramento condicional cautelar também não pode ser considerada como *aberração jurídica* pois, apesar de não ser a solução mais adequada, tornar-se-ia de grande utilidade na impossibilidade de se encontrar uma solução ao condenado, a fim de que este não tivesse que cumprir pena mais gravosa do que necessário" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.023.757/4, São Paulo; j. 24.10.96, m. v., Rel. Silvério Ribeiro; red.).

• "A colocação em regime de prisão albergue domiciliar constitui exceção, a ser apreciada, no que tange à conveniência e oportunidade, em cada caso concreto, dispondo o art. 117 da LEP sobre as hipóteses em que o beneficiário pode cumprir o regime aberto em residência particular, e em nenhuma hipótese enquadra-se o ora paciente. Há uma tendência pretoriana de conceder a benesse na falta de casa de albergados, mas não significa que o recluso tenha direito líquido e certo a ela, cujo indeferimento possa ensejar constrangimento ilegal. Assim, deferida a progressão ao regime aberto, e determinadas as providências à autoridade administrativa para a inclusão do paciente em casa de albergados, ordenando-se ainda o processamento de livramento condicional, disso não advém qualquer lesão ao direito de deambulação, passível de ser reparada por via mandamental" (TJSP, 3.ª C. Crim. de Férias; HC 222.431-3/7, São Paulo; j. 23.01.97, v. u., Rel. Cerqueira Leite; red.).

23.5 Manutenção em regime aberto por falta de vagas apropriadas ao devido recolhimento

Nota: eventualmente, o regime aberto é empregado como alternativa à inexistência de local adequado para o recolhimento prisional. Embora não se possa excluir essa hipótese, a rigor a solução técnica mais adequada seria a de suspensão da execução até que o Estado promova as condições exatas de recolhimento.

23.5.1 Admissibilidade

• *"Regime prisional – Semi-aberto – Espera de vaga em regime aberto, na modalidade domiciliar – Admissibilidade – Recolhimento do condenado ao regime fechado que configura constrangimento ilegal – Recurso não provido.* Não propiciando o Poder Executivo número suficiente de vagas nos estabelecimentos de penas no regime semi-aberto, compatíveis com as necessidades do sistema, o recolhimento do condenado no regime fechado configura constrangimento ilegal" (TJSP, 6.ª C.; Ag. 185.171-3/1; j. 17.08.1995, v. u., Rel. Augusto César; Bol. IBCCrim 34, out. 1995, p. 111).

23.5.2 Inclusão oportuna no estabelecimento adequado

• "A abertura de vaga em estabelecimento semi-aberto revela que o *habeas corpus* perdeu seu objeto; a autoridade jurisdicional apontada como coatora não cometeu nenhum constrangimento ilegal e agora resta tão-somente adotar-se a providência administrativa de transferência do paciente para o Instituto Penal Agrícola apontado" 2(TJSP, 6.ª C. Crim.; HC 208.330-3/3, Promissão; j. 08.08.96, v. u., Rel. Geraldo Xavier; red.).

23.5.3 "Habeas corpus" em geral: inadmissibilidade

Nota: eventualmente, o *habeas corpus* pode ser empregado para que a pena seja cumprida corretamente pelo condenado, na exatidão do respectivo título condenatório.

• "1. Benefício da prisão domiciliar ante a alegação de falta de casa do albergado ou estabelecimento similiar no Estado. Alegação não comprovada, além do que esta Turma indeferiu pleito idêntico, formulado por co-réu no mesmo processo (*HC* 2.229-7-RJ). 2. Condenado, divorciado, que possui a guarda de filhos menores. O benefício do art. 117, III, da LEP, dirige-se à mulher com filho menor e deficiente físico. Sua pretendida extensão ao homem, em situações excepcionais, por aplicação analógica, é matéria cujo exame, em primeira mão, deve ser remetido para a execução da sentença (art. 66, III, da LEP)" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.347-9, Rio de Janeiro; j. 23.02.1994, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 14.03.1994, p. 4.528; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n. 6, abril-junho 1994; p. 242).

24. Regressão de Regime Prisional

24.1 Do aberto para o fechado: possibilidade

Nota: embora a progressão implique sempre na passagem pelo estágio intermediário (não havendo progressão propriamente dita do fechado para o aberto), já na regressão vem sendo admitida a fórmula direta (do aberto para o fechado).

• "O simples cometimento de crime doloso, despicienda a condenação transitada em julgado, é o *quantum satis* para a regressão de regime que, de resto, pode ser feita diretamente do aberto para o fechado pois, de acordo com a doutrina, a lei impõe o escalonamento entre os regimes apenas para a hipótese de progressão, comportando a forma regressiva a remoção direta para qualquer um dos regimes mais rigorosos (LEP, art. 118)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 784.677/1, Assis; j. 30.06.1993, v. u., Rel. Barbosa De Almeida; tj 15.09.1993; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 256.102).

24.2 Prática de crime doloso ou de falta grave

Nota: admitida ou pressuposta a exata concepção operativa da pena privativa de liberdade (v. nota ao item 1.1 deste nosso trabalho,

publicada na *RBCCrim* 19, p. 371-373), não é difícil extrair o ponto de inserção do regime disciplinar, já que estabelecidos estão todos os seus principais pressupostos. Podemos já facilmente vislumbrar que o regime disciplinar não tem e não deve ter outra finalidade que não a de um sub-sistema, ou de um sistema menor dentro de outro maior, ou, ainda mais simplesmente, devendo ser entendido como uma pena administrativa dentro da pena criminal. Pelo menos no que se refere às chamadas faltas graves (pois as leves e as médias comportam natureza diversa), seu fundamento é também meramente contensivo, dizendo respeito à constrição das possibilidades infracionais, no que tocam, com não poderia deixar de ser, às possibilidades do agente colocar em risco iminente toda a ordem interna do estabelecimento (como, por exemplo, na provocação de movimento de subversão da ordem) ou, em segunda *e última* hipótese, colocar em risco iminente a própria continuidade da execução do título condenatório (como, por exemplo, na evasão).

Também a exemplo do ocorrido no sistema maior, igualmente quanto ao regime disciplinar impera o mesmo compromisso educativo, vinculante, indeclinável e atributivo de significação à sanção disciplinar, com todas as qualidades retro definidas para a pena privativa de liberdade, dentre as quais se ressalta, evidentemente, sua natureza propositiva. Nesse sentido, as respostas jurisdicionais ao cometimento da infração disciplinar estão justificadas na exata medida da contensividade por elas comportadas, assim como, de resto, guardam relação de compromisso indeclinável com sua proposta educativa.

Não se trata, assim, de pura e simples aplicação de uma retribuição gratuita, mas autenticamente de (re)conformação do curso da execução àquele que, por fatos concretos, se mostrou ainda inadaptado ao regime semi-aberto ou ao regime aberto. A iluminação, portanto, vem exatamente da melhor(re) individualização da pena quando ela própria, historicamente, reclamou um regime prisional mais exuberantemente contensivo. A medida, portanto, não tem como ser distanciada de seu potencial educativo e dialógico.

Importante sempre frisar: nem toda falta grave, portanto, tem a conseqüência da regressão, mas apenas aquelas cuja natureza revele séria incompatibilidade com o regime proposto. Logo, não cabe ao Juiz da execução simplesmente homologar a decisão administrativa e, maniqueistamente, decretar a regressão de regime, devendo antes motivar o cabimento de mais essa solução legal quando, e apenas quando, tal for o caso próprio.

24.2.1 Admissibilidade

- "Não se pode antever constrangimento ilegal na expedição de mandado de prisão em virtude de condenação superveniente de reeducando colocado em regime de prisão albergue, benefício que é, em conseqüência, cassado" (TJSP, 6.ª C.; HC 31.918-3, São Paulo; j. 29.10.1984, v. u., Rel. Djalma Lofrano; RT 593/331).

- "A simples prática de fato definido como crime doloso autoriza a regressão ou transferência do condenado para regime mais rigoroso, *ex vi* do disposto no art. 117, I, da Lei de Execução Penal" (TJSP, 3.ª C.; HC 35.060-3, Capital; j. 11.02.1985, v. u., Rel. Silva Leme; RT 595/343).

- "Afronta a confiança que lhe foi depositada o condenado que, havendo sido promovido ao regime semi-aberto, pouco depois comete evasão. A alegação de que o fez por dificuldades financeiras familiares não justifica a conduta faltosa pois, se por ela todos os presos procurassem evadir-se, por certo poucos permaneceriam no cárcere. O art. 118 da LEP é taxativo ao dispor que o reeducando deve regredir para o regime mais rigoroso quando comete falta grave e, sem dúvida, a fuga constitui falta de suma gravidade, justificando plenamente a regressão ao regime fechado como providência de rigor. Somente posteriormente poderá o condenado pleitear nova progressão de regime, oportunidade em que serão considerados todos os aspectos subjetivos, a fim de que se tenha uma visão ampla do seu perfil psicológico" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 153.388-3/2, São Paulo; j. 07.03.94, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- "O condenado que praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, estará sujeito a regressão de regime prisional, na forma do art 118 da Lei de Execução Penal"

(STJ, 5.ª T.; RHC 3.722-9; j. 29.6.1994, v. u., Rel. Flaquer Scartezzini; DJU 15.08.1994, P. 20.343; Bol. IBCCrim 20, set. 1994, p. 67).

24.2.2 Inadmissibilidade

• "Não há ilegalidade na transferência do preso para semi-aberto quando registra evasão anterior de cadeia pública onde estava recolhido indevidamente, sobretudo quando em *habeas corpus* já lhe havia sido deferido aguardar sua vaga para o regime intermediário em prisão albergue domiciliar, mesmo porque, ademais, sofre profundo constrangimento ilegal o preso recolhido a presídio de sistema fechado em razão de omissão estatal decorrente de falta de aparelhamento para cumprir a programação legal de cumprimento da pena em etapas" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 997.757/1, São Paulo; j. 27.03.1996, v. u., Rel. Márcio Bártoli; 1.ª inst.-VEC/SP 246.634; red.).

24.3 Suspensão cautelar de regime prisional

Nota: trata-se de debater a existência da medida de sustação cautelar de regime prisional, a qual alguns entendem ilegal por falta de previsão legal específica, acreditando não comportar o processo penal qualquer medida restritiva que possa ser tributada ao poder cautelar genérico do Juízo, instituto que, segundo os partidários desse entendimento, seria exclusivamente de direito processual civil.

Todavia, é certo que a chamada sustação cautelar de regime semi-aberto, diante da notícia de falta grave e, particularmente, diante da notícia de evasão, realmente é prática antiga e integra consolidada jurisprudência, repercutindo uniformemente na jurisprudência tanto do Tribunal de Justiça como, igualmente, do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, assim como, mais recentemente, do próprio e E. Superior Tribunal de Justiça, não se conhecendo qualquer decisão desses tribunais que, ainda que isoladamente, siga orientação adversa (há apenas julgados que, em concreto, afastam tal solução por fundamentos específicos). O instituto, aliás, também não é inédito no direito comparado, sendo também conhecido, por exemplo, no direito italiano. A respeito, inclusive, registre-se também diversos outros julgados que admitem a sustação cautelar não apenas do semi-aberto mas, em face de falta disciplinar grave, até mesmo de livramento condicional e de regime aberto. O fundamento lógico dessa postura, como não poderia deixar de ser, inspira-se nas hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas para o processo de conhecimento (Cód. de Processo Penal, art. 312), entendendo-se que a notícia de evasão caracteriza a aparência do bom direito que reveste a pretensão de futura regressão, assim como a iniciativa da fuga caracteriza o perigo de demora na prestação jurisdicional, com o preso positivando seu intuito de furtar-se à aplicação da lei penal e sua disposição de furtar-se ao procedimento legal de regressão que, sabidamente, não dispensa sua oitiva pessoal e direta.

Ao contrário do que comumente se alega, e contrariamente a lições doutrinárias que se costuma invocar, também no processo penal o Direito não prescinde a invocação de medidas cautelares genéricas, desde que aplicadas com a lógica da razoabilidade, cujo mais elevado estágio encontramos no pensamento de Luís Recaséns Siches, sem o que a experiência jurídica não passaria de mera aventura. De fato, por mais desenvolvido que fosse o Direito positivo (e longe estamos desse ponto), sempre é necessário que o juiz possa complementar a norma, enriquecendo-lhe seus conteúdos, tarefa esta que, em última análise, se traduz exatamente em prestigiar a própria norma através do engrandecimento de sua lógica. Sabidamente, a experiência jurisdicional não se viabilizaria sem o exercício prudente do poder cautelar genérico do magistrado pois, caso contrário, sempre estaríamos diante de situações inusitadas não previstas imediatamente pelo legislador em sua linguagem abstrata.

Vejamos, assim, um outro exemplo de exercício do poder cautelar genérico do juiz no processo penal, exemplo este contra o qual certamente não consta haver maior inconformismo. É o caso da concessão de prisão albergue domiciliar (PAD) em todas as progressões ao regime aberto, prática antiga e consolidada pela jurisprudência de ambos os Tribunais paulistas e que se disseminou igualmente pelos juízes singulares do Estado, assim como por praticamente – acredita-se – todos os juízos singulares e Tribunais estaduais das demais Unidades da Federação. Ora, aqui também temos exemplo

concreto de uma medida cautelar inominada, com inequívoco traço de provisoriedade e precariedade, destinada a viger enquanto inexistir casa do albergado disponível na comarca.

Inúmeras outras prestações jurisdicionais da mesma ordem podem ser vislumbradas no processo de execução penal. Lembremos, apenas a título exemplificativo, as seguintes hipóteses: a) expedição de alvará de soltura antecipado em casos de indulto humanitário, diante de gravíssimo e terminal estado de saúde do condenado; b) transferências para estabelecimentos prisionais de maior segurança em casos de distúrbios graves da ordem disciplinar interna; c) medidas decorrentes de negociações com comissões de presos em casos de rebeliões; d) transferências para estabelecimentos psiquiátricos comuns em casos de desinternação condicional de preso que ainda tenha a saúde abalada sem, todavia, ostentar periculosidade criminógena; e) transferências para colônias de desinternação progressiva. Enfim, a lista de medidas cautelares inominadas, sem específica previsão legal, particularmente no processo de execução penal (e possivelmente mesmo no processo de conhecimento) é virtualmente infinita, pois a realidade sempre demandará novos casos impossíveis de serem todos previstos anteriormente pelo legislador. Diante disso, caberia questionar se os ensinamentos doutrinários invocados pelos partidários da tese da inexistência de cautelares inominadas e genéricas no processo penal (embora a tese seja proveniente de processualistas ilustres), de fato partiram de uma investigação também voltada para a execução penal ou, antes ainda, voltada para ocorrências específicas e concretas que diuturnamente freqüentam a experiência jurisdicional penal que, não dispusesse de instrumentos genéricos, não seria sequer operacionalizável.

Ora, aqui é a própria norma que *determina* que, uma vez praticada falta disciplinar de natureza grave, a conseqüência é o isolamento preventivo (LEP, art. 60). Ainda nesse sentido, igualmente não se há de esquecer que, dentro do rol específico de competências do Juízo da execução, está a de *zelar pelo correto cumprimento da* pena (LEP, art. 66, inc. VI). No caso de evasão, é evidente que não pode a autoridade administrativa e, muito menos, a autoridade jurisdicional propiciarem ao preso após recapturado nova oportunidade para reincidir na mesma falta grave, mesmo porque deu ele mostras claras que pretende se furtar aos fins da execução penal, ou seja, que pretende se furtar à aplicação da lei penal que, aliás, é um dos mais relevantes fundamentos para a custódia preventiva. Não se há de esquecer que, assim como a lei atribui etapas progressivas no cumprimento da pena, concomitantemente também será progressiva a responsabilidade do preso no atendimento de suas obrigações prisionais. Esse é o lúcido e rico sistema legal que hoje impera na execução penal: desprestigiá-lo seria, em última análise, desprestigiar o próprio sistema aqui corajosamente adotado pelo legislador de 1984 e, por conseqüência, acabar-se-ia por inventar tantas premissas para a progressão ao semi-aberto que, na prática, tal implicaria o absoluto esvaziamento desse sistema de vigilância intermediária. Essa é a lógica que, *ultima ratio*, imperaria caso fosse adotada a tese da impossibilidade jurídica da sustação cautelar do regime semi-aberto diante de fundamentada notícia – cujo mérito íntimo há de ser reservado para a fase procedimental oportuna – de prática de falta disciplinar de natureza grave.

Pretende-se a manutenção do semi-aberto, mas por certo não se desconhece que os estabelecimentos semi-abertos em geral não têm acomodações para manter os presos sob regime de isolamento ou mesmo sob qualquer regime diferenciado: forçá-lo com uma determinação precipitada, sem qualquer sensibilidade aos limites administrativos concretos, seria estabelecer o caos dentro desses estabelecimentos, propiciando todos os malefícios daí decorrentes, ou seja, desvios de execução, desobediências à ordens judiciais e, quiçá, até mesmo disseminação de graves atentados à ordem disciplinar interna do presídio semi-aberto, por si já bastante tênue. Por certo não se desconhece os gravames dessa omissão que se estendem inclusive para a própria pessoa do condenado como, de resto, um mínimo de experiência na execução penal bem demonstra.

Reclama-se por vezes que, invariavelmente, a fuga acaba importando a regressão de regime, após cumprido o procedimento do art. 118, § 2.°, da LEP, diante do que a sustação cautelar do semi-aberto incorreria em pré-julgamento da matéria. Cabe observar que ocorre às vezes de não ser decretada afinal a regressão, embora se conceda que, estatisticamente, a solução francamente majoritária é o retorno ao regime

fechado. Ora, o que mais se pode dizer ao preso, a nível abstrato, que está sendo levado ao semi-aberto que não pode ele fugir e que, se o fizer, há grande possibilidade (embora não necessário e muitas vezes excepcionada) de retornar ao regime fechado, suportando graves prejuízos para sua situação processual (o que o preso, aliás, sabe perfeitamente)? Por acaso a aplicação da lei de execução penal admitiria outra pedagogia? Se disséssemos outra coisa ao preso que foge, o que teríamos então a dizer àquele preso que, resignado, permanece por consciência submisso à prisão, aguardando que a Justiça penal ouça adiante seu clamor? O que mais poderíamos dizer a esse homem, exceto que é um tolo?

Reclama-se contra a noção da pena enquanto instituto pedagógico, questionando-se, às vezes, que não se trata de poder disciplinar paternalista ou, muito menos, de arbítrio. Porém uma rápida excursão, ainda que de poucos passos, pela história demonstra, sem grandes gastos, que pedagogia, nessa acepção mais ampla, não apenas não se confunde com paternalismo como, a rigor, é seu adverso. Trata-se, afinal, de invocar a noção clássica da *paideia* grega, seu transtornado curso ao longo dos séculos e mesmo milênios e que, de resto, está nos fundamentos históricos da própria concepção de *homem livre*: não será por certo outra noção que está nas raízes daquilo que hoje nos chega com o conceito de função de prevenção social positiva para a pena, arbouço máximo de seu papel exatamente naquele Estado Democrático de Direito agora aqui tão decantado. *Data venia* de alguns posicionamentos abolicionistas, de inequívoco valor para a construção da história das idéias, é certo que nem a Democracia, nem a República em sua mais exata concepção etimológica, não prescindem da correta pedagogia da liberdade que, nos tempos confusos de hoje e quiçá de todo o sempre, centra-se na noção de *imputabilidade*. Pode-se, assim, afirmar que um homem é livre na medida em que se tornar imputável e, nesse sentido quase filosófico, um inimputável não pode ser, sequer aos próprios olhos, uma pessoa dotada da qualidade de homem (juridicamente) livre. Essa é a grande concepção que inspira o direito penal moderno e o arcabouço da função de prevenção social positiva que o enriquece. Não lidamos aqui com crianças, ou com enfermos ou com inimputáveis de todo gênero: antes, dialogamos com pessoas adultas e senhoras de si, homens livres em sua mais rigorosa acepção, agentes de seu próprio destino e responsáveis por sua própria autoridade que, de resto, não lhes pode e de fato não lhes é retirada tão somente pelo advento de uma condenação que se tornou definitiva.

De qualquer modo, a realidade é essa e não outra. Todos sabemos que os estabelecimentos semi-abertos em geral não têm condições de abrigar presos sob condições diferenciadas, mesmo porque adotaram há algum tempo práticas permissivas das mais amplas, inclusive um certo trabalho externo à revelia de qualquer fiscalização ou vigilância, transformando-se assim em autênticas casas do albergado. Não há, portanto, como manter presos no semi-aberto e, ao mesmo tempo, cortar-lhes as conhecidas regalias até que se defina o procedimento do art. 118 da LEP: as condições de segurança seriam nulas e de todo impraticáveis, mesmo porque maior seria o convite à fuga pelo preso que, tendo-se evadido há pouco, sabe estar em curso procedimento que pode culminar em sua regressão ao fechado.

Da mesma forma, igualmente não se há, sequer por aproximação, de cogitar de ofensa ao imperioso Pacto de São José da Costa Rica, mesmo porque o que se debate aqui não é a privação de liberdade que é objeto dessa magnífico texto, mas sim mera questão de regime prisional, além do que a discussão que se coloca não surge em desavença com o Direito mas, bem ao contrário, sob sua iluminação maior.

24.3.1 Possibilidade

• "Não ofende a regra do devido processo legal (art. 118, § 2.º, da LEP) a suspensão do regime prisional favorecido, como cautela necessária à recaptura do réu, após a qual deve-se instaurar o procedimento legal para a decretação da regressão definitiva" (STJ, 5.ª T.; REsp. 53.794-0; j. 05.10.1994, v. u., Rel. José Dantas; DJU 17.10.1994, p. 27.914; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 76).

• "Estabelece peremptoriamente o art. 118 da LEP ser necessária a ouvida prévia do condenado, em casos de regressão de regime prisional, inclusive, dentre outros, em casos de falta grave, nestes enquadrando-se a fuga do

recluso. A expressão *deverá ser ouvida, previamente* contém o mandamento inserto na fórmula do verbo (o futuro representa ordem, no sentido técnico-legislativo com reflexos interpretativos correlatos); também, a oportunidade em que o fará o Juízo de Execução. A inteligência da lei, todavia, não deve levar a insensatez, a absurdo. Não se pode sujeitar soluções judiciais a tal sorte de especulações. Verificada a recaptura, deve o condenado voltar ao regime fechado e somente isso pode e deve ocorrer. Se, colocado no regime mais brando, rapidamente fugiu, fica por demais periclitante que suportasse a continuidade prisional, depois de longo tempo foragido. A solução que se ostenta é a dúplice; que acautela ambos os propósitos. O de se ouvir o detento, para a solução final. Bem assim, o de se manter, desde logo, no regime mais gravoso (anterior ao do da fuga), até solução definitiva. Regularmente formal. Recorrível em essência. Por conseguinte, tem-se de reconhecer em favor do sofrido MM. Juízo executório, a faculdade, sumamente legítima, de providenciar cautelarmente. Claro que, achando-se foragido, não haveria como ouvir o detento faltoso. A providência de índole cautelar era, pois, provisoriamente, operar a regressão. A ostensividade da falta grave mostra-se suficiente à solução transitória. Que se sucederá, oportunamente, pela definitiva, quando se possa ouvir o detento recapturado. A recolocação imediata no regime de que acabara de fugir, acaba soando a ingenuidade que não se alberga bem em provisão judicial" (TJSP, 4.ª C. Crim.; HC 198.018-3/4, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Ary Belfort; 1.ª inst.-VEC/SP 234.281; red.).

• "Verificada a prática de falta grave, é perfeitamente lícita a imediata suspensão do regime semi-aberto ou a *privação de benefícios como providência provisória até a decisão judicial* (Mirabete, Júlio Fabbrini; 1987; p. 305). Assim, igualmente, já tiveram oportunidade de decidir a Suprema Corte (RHC 58.365-80-SP, Rel. Min. Francisco Rezek) e o Superior Tribunal de Justiça (RT 668/332, Rel. Min. Édson Vidigal; RT 717/465, Rel. Min. Jesus Costa Lima). Antes de proferir a decisão que possa cassar algum benefício ou importar na regressão do regime semi-aberto para o de segurança máxima, o Juiz, obrigatoriamente, instaurará o necessário incidente, onde, além da oitiva do detento (art. 118, § 2.º da LEP), haverá dilação probatória e manifestação das partes (arts. 5.º, item LV, da CF e 196, § 1.º da LEP). Tudo isso demanda certo tempo. É evidente que, cometida falta grave suspender-se-á, desde logo, o benefício anteriormente concedido (regime aberto, semi-aberto, livramento condicional etc.), determinando-se a transferência para presídio de segurança máxima (fechado) até ser proferida a decisão definitiva no incidente instaurado para apuração e julgamento dessa falta grave. A segurança da sociedade reclama essa imediata suspensão. Se fosse inviável, o faltoso poderia fugir para evitar os males do regime fechado, a que pode ser submetido, frustrando o cumprimento da lei penal. Destarte, como ocorre no processo de conhecimento, certas medidas provisórias mais drásticas também podem ser tomadas na fase da execução" (TJSP, 2.ª C. Crim. de Férias; HC 211.750-3/7, São Paulo; j. 04.07.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

• "A fuga do sentenciado, da qual se tem fortes indícios, constitui falta grave que pode acarretar a regressão para regime prisional mais rigoroso (LEP, art. 118, I). Até que essa falta seja devidamente apurada, com a regularização da situação prisional do paciente e sua oitiva judicial, sua manutenção no regime fechado é medida cautelar que se impõe, não configurando constrangimento ilegal" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 294.100/4, São Paulo; j. 20.08.96, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

• "Ao reclamar respostas mais prontas e eficazes à Justiça Criminal, diante do recrudescimento da ilicitude, a comunidade suscita legislação dilatadora dos poderes do juiz, inclusive os cautelares. Exemplo disso é a edição da Lei 9.099/95, onde nítida a ampliação de atribuições do juiz criminal. A partir daí, temerário concluir-se pela inexistência de poderes cautelares do juiz penal. Se o sentenciado em regime semi-aberto vem a evadir-se, não pratica ilegal constrangimento o juízo ao sustar, cautelarmente, o benefício por ele desprezado com a fuga. E inexistindo incompatibilidade normativa, não há falar-se em concessão de *habeas corpus*. O prazo da sustação cautelar do benefício do regime semi-aberto pode estar condicionado à recaptura do sentenciado, que tem o direito a ser ouvido, à luz do art. 118 da LEP. A providência se legitima, portanto, até

que o réu se apresente e tenha o seu *day in court*" (TACRIM-SP, HC 294.588/5, São Paulo; j. 26.08.96, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

• "No processo de averiguação de falta disciplinar, é lícito ao Juízo das Execuções Criminais fazer retornar o faltoso, cautelarmente, ao regime fechado, até porque essa previsão está expressa no *caput* do art. 118 da LEP, ouvindo-se, depois, no transcorrer da instrução probatória, o condenado. Nesse sentido, a 5.ª Turma do C. STJ, por unanimidade, já decidiu que *está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento de pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime ou falta grave (art. 118, I, da LEP)* (RT 651/334)" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

• "É de ser denegada a ordem de *habeas corpus* contra decisão de sustação cautelar de regime semi-aberto à vista de fuga do condenado, pois soaria absurdo expedir-se qualquer ordem para que aquele mesmo elemento que desinteressou-se em manter-se em regime mais ameno, e desfrutando da possibilidade de evasão, quando encontrado viesse a ser recolocado nas mesmas condições. Óbvio que sobre o episódio deverá ser perquirido; tão lógico, também, que, enquanto se define o incidente, não permaneça em situação de tornar inócua qualquer medida que venha eventualmente retribuir tão grave conduta. Exige a lei a prévia oitiva do condenado para que a definição do incidente, ou seja, julgamento; mas a ocorrência da falta grave – e a fuga deixa pouca margem à justificativa sedutora de renúncia de castigo – autoriza, recomenda e até impele o Juízo competente a preferir prestígio a sua autoridade (que é a do Estado) e defesa da sociedade que não deveria ter em seu meio, pelo menos por determinado período, a nociva presença de quem a agravou; se não foi devidamente avaliado, sua periculosidade não pode ser ignorada. Supostos direitos de condenados não podem sobrepor-se aos interesses maiores da coletividade; nem enfraquecer a repressão social. Bem por isso preleciona Júlio Fabbrini Mirabete que *em casos de situação excepcional*, exemplificando com o menos, *tentativa de fuga*, poder-se-á *providenciar o recolhimento a cela e a privação de benefícios como providência provisória até a decisão judicial* (*Execução penal*, 5.ª ed.; p. 298). Tal tem sido a tônica desta Colenda Corte, anotando-se, sobre precedente colado pelo ilustre preopinante, outros mais (RJDTACRIM 13/175, 23/421), sendo preciosa a exegese, quanto à legalidade da medida, no primeiro julgado aqui mencionado, assentando o ilustre Relator, com a costumeira argúcia, que *Por meio de interpretação sistemática reforça-se, por último, o acerto da solução aqui adotada, quando se constata pela norma do art. 197 da LEP, que só caberia agravo, com efeito meramente devolutivo, da r. decisão impositiva da chamada 'suspensão cautelar da efetivação da promoção de regime'* (RJDTACRIM 13/176, Rel. Haroldo Luz). Por fim, o argumento de que poderá vir a permanecer por longo período no regime mais gravoso, enquanto se processa sindicância, sobre tratar-se de mera conjectura, para o sentenciado é risco conhecido e aceito" (TACRIM-SP, 1.ª C.; HC 297.646/8, São Paulo; j. 28.11.96, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.).

• "No processo de averiguação de falta disciplinar, é lícito ao Juízo das Execuções Criminais fazer retornar o faltoso, cautelarmente, ao regime fechado, até porque essa previsão está expressa no *caput* do art. 118 da LEP, ouvindo-se ao depois, no transcorrer da instrução probatória, o condenado. Nesse sentido, a 5.ª Turma do C. STJ, por unanimidade, já decidiu que *está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento de pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime ou falta grave (art. 118, I, da LEP)* (RT 651/334)" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

• "Não há qualquer ilegalidade no constrangimento da sustação cautelar do semi-aberto, transferindo-se o condenado para regime mais rigoroso enquanto apurada suposta prática de falta grave" (TJSP, 4.ª C. Crim.; HC 217.788-3/3, São Paulo; j. 03.12.96, v. u., Rel. Sinésio de Souza; red.).

• "1. Diante da atribuição de falta grave, a sustação cautelar do regime semi-aberto é necessária, e até que se apure o fato, mediante audiência das partes, em procedimento adequado, com posterior apreciação pelo Juízo da

execução de eventual regressão, justifica-se a permanência provisória do condenado em regime prisional mais severo. 2. Não há como se valer do *writ* para o apressamento da tramitação processual do art. 118, § 2.°, da LEP, ou para fixação de prazo de duração da medida cautelar de sustação do semi-aberto" (TJSP, 3.ª C. Crim.; HC 221.233-3/6, São Paulo; j. 17.12.96, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

• "É correta a decisão de sustação cautelar do semi-aberto que está fundada não unicamente em impontualidade na reapresentação mas também, e principalmente, em nova condenação do condenado, na qual lhe foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da sanção corporal imposta" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 302.390/4, São Paulo; j. 05.03.97, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

• "É correta a sustação cautelar dos benefícios do regime semi-aberto até a apuração de notícia de falta grave e posterior decisão definitiva, devendo-se reconhecer que o Juízo das Execuções tem e deve ter o poder cautelar de, em benefício da disciplina interna do presídio, determinar o recolhimento provisório do reeducando suspeito do cometimento de infração disciplinar, em regime mais severo. Nesse sentido, a lição de Mirabete: *a providência é indispensável nas hipóteses em que o fato a ele atribuído por si mesmo revela que há um comprometimento sério à execução, como as hipóteses de planos de evasão, de motim, de outras problemas disciplinares graves, etc.* (*Execução penal*, Atlas, 5.ª ed., p. 300). Ademais disso, lembra o referido autor que o art. 11 da Lei Estadual de São Paulo 1.819, de 30.10.78, já previa a sustação provisória do regime como medida para evitar a fuga do condenado e preservar a disciplina interna. Logo, a medida não apresenta qualquer violação à lei ou à Constituição, consoante se tem decidido (RJDTACRIM/SP 22/436)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.051.479/0, São Paulo; j. 09.04.97, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

24.3.2 Impossibilidade

• "Muito embora a construção pretoriana venha admitindo sustação cautelar do regime prisional semi-aberto, cujas regras foram violadas em razão de falta disciplinar grave, nenhuma dúvida porém que a medida não se justifica quando há notícia de simples atraso de três dias na reapresentação de saída temporária, com o sentenciado logo apresentando-se ao Juízo da Execução antes que a ocorrência a este tivesse sido comunicada, exibindo documentos para justificar o atraso cuja validade há de ser apreciada no bojo do 2procedimento administrativo que se determinou instaurar. O retorno *sponte propria*, poucos dias após a falta, revela, quando menos, arrependimento e desejo de se reincorporar ao cumprimento da pena, circunstância que não se pode deixar de levar em conta" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.029.609/8, São Paulo; j. 11.12.96, v. u., Rel. Aroldo Viotti; red.).

• "O art. 5.°, LV, da CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, assim como o art. 59 da LEP informa que na apuração das faltas disciplinares deve ser observado o direito de defesa. Tratando-se de sindicância onde o depoimento do condenado e a inquirição de testemunhas foram tomados sem a presença de defensor, não se está facultando ao condenado a assistência jurídica, que é direito de todo preso (art. 5.°, LXXIV da CF e art. 3.°, item 7, da LEP), e que constitui extensão do princípio da ampla defesa. Ora, expediente administrativo que sequer observou as garantias individuais da Carta Magna, e que ainda não foi alvo de renovação no Juízo da Execução, não pode ser tomado como base para a cassação de direitos adquiridos pelo preso ao longo da execução de suas penas. *Mutatis mutandi*, seria o mesmo que se condenar alguém à luz dos elementos coligidos em inquérito policial, sem que haja o desencadeamento da ação penal, com as garantias do contraditório. Impõe-se, pois, por absoluta falta de elementos válidos que permitam concluir, ao menos por ora, pelo real cometimento de falta disciplinar, a revogação do r. decisório guerreado, que determinou a sustação cautelar do regime semi-aberto anteriormente deferido ao paciente, o qual deverá ser reconduzido ao *status quo ante* até que, em regular procedimento, seja constatada a real necessidade de regressão para o regime fechado. Assim, é de ser deferido o *habeas corpus*, a fim de revogar a decisão que decretou a sustação cautelar do regime semi-aberto anteriormente concedido ao paciente, o qual deverá

ser reconduzido a tal modalidade prisional, até que, em regular procedimento, seja constatada a real necessidade de regressão para o regime fechado" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 298.646/2, São Paulo; j. 07.01.97, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

24.3.3 Prazo de vigência

Nota: relevante sim é a tese da afirmação de prazo para a vigência da sustação cautelar, prazo este que começará a escoar após a recaptura ou da data da decisão (caso a recaptura seja anterior a ela), mesmo porque começam a surgir julgados que avançam por esse lúcido caminho, inclusive havendo aqueles que invocam, por analogia plenamente justificada, os 81 dias da prisão cautelar do processo de conhecimento, assim como vêm surgindo ainda muitos julgados onde a preocupação genérica com o prazo excessivo de vigência da sustação cautelar está, de qualquer forma, acentuadamente presente. Aquele prazo de 81 dias, de qualquer modo, afigura-se de todo razoável e se impõe a outras propostas mais exíguas, mesmo porque o incidente de regressão, ao menos em tese, não se esgota necessariamente na oitiva do condenado, podendo eventualmente comportar até mesmo certa dilação probatória que lhe consuma algum dispêndio. Aliás, acrescente-se que essas dilações probatórias podem, e comumente o são, ser iniciativa do Ministério Público e do próprio Juízo. Lamentavelmente, as comunicações de prisões costumam retardar por longos meses a completa definição da situação processual do preso que, evadido, acabou adiante recapturado, inclusive prejudicando o andamento dos demais pedidos ou incidentes do processo de execução, não havendo – como lastimavelmente não há como deixar de reconhecer – maior empenho das autoridades administrativas em comunicar essa prisão em tempo rápido.

Questiona-se, ainda, a largura do prazo à luz do Pacto de San José. Ora, por mais reduzida que fosse a excursão que se fizesse no direito comparado que se construiu à luz desse texto, certamente seus frutos seriam menos empolgantes que aqueles que assim se deseja extrair: mesmo aquelas Nações que melhor representam tão dignas preocupações têm denominado de "razoável" um prazo bem mais longevo do que aquele aqui sugerido de 81 dias. Nesse contexto, podemos dizer que o Brasil, através da jurisprudência, avançou para limites ainda mais lúcidos do que os impostos pelo referido texto. Antes mesmo, podemos afirmar a timidez desses instrumentos internacionais no tema agora proposto.

• "Se o regime semi-aberto favoreceu o cometimento de falta grave ou facilitou a fuga, deve o juiz, usando seu poder geral de cautela, determinar a regressão provisória do preso ao regime fechado, instaurando então o procedimento de regressão que, à falta de regulamentação legal, por invocação analógica da jurisprudência firmada em processos de conhecimento de réu preso, deve ser encerrado em até 81 dias. Decorrido esse prazo, caso ainda não decidida a regressão, torna-se irregular a persistência da medida cautelar, caracterizando-se constrangimento ilegal passível de *habeas corpus* para que o preso volte ao semi-aberto, onde deve então aguardar, sem prejuízo dos benefícios a que tenha direito, eventual decisão quanto à regressão pela falta grave cometida" (TACRIM-SP, 4.ª C.; HC 262.252/0, Santos; j. 20.09.1994, v. u., Rel. Figueiredo Gonçalves; red.).

• "Tendo havido evasão do semi-aberto, com sustação cautelar desse regime já decretada, seguida de recaptura há longo tempo, com efeito não pode o condenado ficar aguardando, indefinidamente, sua oitiva na sindicância instaurada para apurar eventual falta grave, não se admitindo sofra ele as conseqüências da injustificável demora cartorária, à qual não deu causa. Assim, de rigor a procedência do *habeas corpus*, para o fim de se determinar o retorno imediato do condenado ao regime semi-aberto, onde deverá permanecer até que o digno magistrado da Vara das Execuções Criminais decida o incidente de regressão instaurado. Todavia, caso já tenha sido ouvido o condenado e eventualmente determinada sua regressão de regime prisional, obviamente esta presente determinação nenhum efeito deve produzir" (TJSP, 2.ª C. Crim. de Férias; HC 183.813-3/8, São Paulo; j. 26.07.95, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

24.3.4 Oitiva prévia das partes ou do condenado: desnecessidade

Nota: ao contrário do que detectado por alguns julgados, em louvor ao contraditório

processual há necessidade imperiosa de oitiva prévia das partes antes que o Juízo da execução delibere a respeito da sustação cautelar do semi-aberto. A simples *cautelaridade* por si apenas não desobriga o Juízo de zelar pelo contraditório que, enquanto regra, deve ser observado também nessas hipóteses. As medidas cautelares apenas podem ser decididas sem a oitiva prévia das partes quando essa oitiva, em si mesma, pode colocar em risco o sucesso da própria medida: tal, via de regra, não é o caso dessas sustações cautelares que, portanto, reclamam aquela oitiva antecedente, sob pena de nulidade da decisão.

• "Não há que se falar em ofensa ao contraditório ou à ampla defesa na sustação cautelar do semi-aberto, na medida em que, sendo a providência regressiva de caráter provisório, está ela inserida dentro do poder de cautela do juiz, o que autoriza seja exarada tal decisão sem a prévia oitiva das partes" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 302.390/4, São Paulo; j. 05.03.97, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

• "Desnecessária a oitiva prévia das partes para a prolação de decisão que susta provisoriamente o regime semi-aberto, ante a notícia de fuga do estabelecimento prisional em que se encontra o condenado. Impossível também a oitiva prévia do condenado para a prolação de decisão que susta provisoriamente o regime semi-aberto, ante a notícia de fuga do estabelecimento prisional em que se encontra o condenado, eis que foragido e em local ignorado, mesmo porque a regressão definitiva eventualmente só será efetivada com a sua recaptura e sua oitiva preliminar, em regular sindicância" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.051.479/0, São Paulo; j. 09.04.97, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

24.4 Procedimento de regressão

24.4.1 Oitiva pessoal do condenado: necessidade

Nota: o procedimento de regressão exige sempre a oitiva em Juízo do condenado, a qual não pode ser suprida pela simples oitiva de seu Defensor ou, menos ainda, por manifestação escrita do condenado. Trata-se de garantia processual inequívoca que deve ser satisfeita pelo Juízo da execução (LEP, art. 118, § 2.º), não havendo base para as chamadas regressões diretas que se fundamentam, quando o caso, na ausência do condenado foragido: nesses casos, necessário aguardar a recaptura e, então, dar início ao incidente de regressão.

• "Mesmo em caso de evasão, é inadmissível a regressão direta do sentenciado do regime semi-aberto para o fechado, sem que seja ele previamente ouvido, nos termos do art. 118, § 2.º, da LEP. A decisão que determina a regressão sem essa oitiva é nula porque prematura, já que, enquanto o condenado está foragido, o Juízo pode e deve aguardar a recaptura. Além disso, é nula também porque o legislador introduziu, no incidente de regressão, o princípio do contraditório, cujo respeito não encontra impecilho na circunstância de estar foragido o sentenciado, mesmo porque, conforme precedente jurisprudencial, a audiência do condenado não significa sua oitiva pessoal, e sim intimação para justificação de sua conduta, o que pode ser feito por seu advogado, podendo aquele, se em local incerto e não sabido, ser também intimado por edital: o importante não é sua presença física na audiência, mas sim que se lhe ofereça a oportunidade de defesa ou justificação. Portanto, é de ser concedida a ordem para anular a decisão que determinou a regressão direta sem observar o contraditório, devendo outra ser prolatada com obediência aos trâmites legais, mesmo porque a evasão constitui falta grave que autoriza a sustação provisória do regime semi-aberto, não só em prol da disciplina prisional, como também como impedimento para que o reeducando, retornando às condições anteriores, empreenda nova fuga" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 287.560-3, São Paulo; j. 05.03.1996, v. u., Rel. Lopes da Silva; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 297.041).

24.4.2 Manifestação escrita do condenado: inadmissibilidade

• "Tendo havido evasão do semi-aberto, não se admite a regressão direta do condenado ao regime fechado, sem sua oitiva judicial e diante da simples apresentação de seus motivos de próprio punho. No caso, a oitiva judicial é obrigatória antes da determinação da regressão (LEP, art. 118, § 2.º) e, sobre essa obrigatori-

edade, já se manifestaram a doutrina (Júlio Fabbrini Mirabete, *Execução penal*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 229) e a jurisprudência do C. Tribunal de Justiça de São Paulo (HC 100.566 em RT 666/302) e deste E. Tribunal de Alçada Criminal (HC 231.742/4 em RJDTACRIM 16/181)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 295.534/9, São Paulo; j. 16.10.96, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

24.4.3 Decisão judicial e condenação criminal: autonomia

Nota: a boa cautela aconselha que, nessas hipótese, se aguarde a decisão criminal condenatória transitada em julgado, embora rigorosamente tal não seja estritamente necessário: de qualquer forma, havendo decisões contraditórias (regressão pelo Juízo da execução e absolvição no processo criminal correspondente) não há como ser mantida a regressão que, desse modo, deve ser revista pelo próprio Juízo da execução.

• "A prática de novo crime constitui motivo para a revogação da prisão albergue, independentemente do aguardo de eventual nova condenação" (TJSP, 1.ª C.; HC 30.690-3, Assis; j. 10.09.1984, v. u., Rel. Marino Falcão; RT 593/339).

24.5 Controle do mérito por "habeas corpus": inadmissibilidade

Nota: o *habeas corpus* apenas poderia ser empregado, em se tratando de regressão de regime prisional, para o controle de sua legalidade estrita.

• "O HC não se presta para atacar decisão judicial referente a regressão de regime prisional, por depender de aprofundado exame de provas" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.722-9; j. 29.06.1994, v. u., Rel. Flaquer Scartezzini; DJU 15.08.1994, P. 20.343; Bol. IBCCrim 20, set. 1994, p. 67).

• "Não é de ser conhecido o pedido de *habeas corpus* que aponta como constrangimento ilegal decisão do Juízo da execução que regrediu o paciente ao regime fechado por prática de falta grave. Expresso e elementar é o art. 194 da LEP ao estabelecer que *o procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será o judicial desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução* e *das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo* (LEP, art. 197). Recomenda Mirabete em seus comentários à LEP que *As questões relativas à execução da pena que demandam incontestável exame de prova, por envolverem aspectos objetivos e subjetivos, impedem que não concedam benefícios por via do 'habeas corpus'* (5.ª ed., Atlas, p. 460, *in fine*). É o caso da regressão quando não houve interposição de recurso de agravo, não se antevendo nenhuma outra pretensão que fosse suscetível de constrangimento ilegal por parte do Juízo a ser resolvida pelo *mandamus*, não se conhecendo, portanto, da ordem impetrada" (TJSP, 1.ª C. Crim. Férias; HC 210.961-3/2, São Paulo; j. 23.07.96, v. u., Rel. Raul Motta; red.).

25. Permissão de Saída

25.1 Competência administrativa para concessão

Nota: a competência para autorização de permissão de saída é do Diretor do estabelecimento prisional. Contudo, em vista do princípio da jurisdicionalização da execução penal, eventuais litígios daí decorrentes podem e devem ser conhecidos pelo Juízo da execução.

• *"Permissão de saída para tratamento médico.* Pedido para saída de preso a fim de submeter-se a tratamento médico. Competência do Diretor do Presídio (LEP, art. 120, par. ún.). *Writ* não concedido" (STJ, 6.ª T.; HC 2.090-1, Goiás; j. 24.08.1993, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 13.09.1993, p. 18.597; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 4, out.-dez. 1993; p. 183).

26. Saída Temporária

26.1 Beneficiários: presos no regime semi-aberto

Nota: já a competência para autorização da saída temporária recai diretamente sobre o

Juízo da execução, podendo ser beneficiário o preso que se encontre formalmente sob o regime semi-aberto (ainda que indevidamente recolhido em estabelecimento de regime fechado). Da mesma forma, é admissível a saída temporária em questão ao preso que se encontre em regime aberto, na versão de prisão albergue domiciliar.

• "O sentenciado só pode ser autorizado e, excepcionalmente, freqüentar curso superior quando se encontrar no regime de prisão semi-aberta" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ap. 30.888-3, São Paulo; j. 04.02.1985, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 595/313).

27. Remição

27.1 Na pena por crime hediondo ou assemelhado

Nota: não há qualquer restrição à aplicação da remição em vista da natureza dos delitos cometidos, inclusive quando se tratar de delitos afetados pela qualidade da hediondez.

• "Não existe na Lei 8.072/90 qualquer restrição à possibilidade do sentenciado obter remição de pena em decorrência de dias trabalhados. Se a intenção do legislador fosse a de impedir a obtenção do benefício em questão, isto estaria expressamente previsto no questionado diploma legal" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 152.690-3; j. 07.03.1994, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 62).

27.2 Impossibilidade de trabalho por causa administrativa: indeferimento

Nota: entendemos ser incabível a remição de penas pelo trabalho quando o mesmo não está sendo prestado por deficiências administrativas. Trata-se de um direito do condenado, porém há necessidade que esse direito esteja sendo efetivamente exercido por seu titular, não podendo a disposição para o trabalho ser pressuposta.

• "Não é possível retirar da conhecida falta de sintonia entre a legislação atinente à execução penal e o sistema carcerário existente o direito à remição ante o fato de o presídio, onde se encontra, não dispor de qualquer condição para tanto, cabendo antes, atentar que é o condenado que está em débito com a sociedade e, por isso, deve arcar com todas as conseqüências de sua conduta delinqüencial, inclusive com aquelas que lhe decorrem à conta de eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária atual" (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 187.892-3, Barretos; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; Bol. IBCCrim 38, fev. de 1996, p. 128).

27.3 Natureza e jornada do trabalho

Nota: o regime legal de jornada de trabalho, bem como sua natureza, tem cunho meramente indicativo, podendo assim serem eventualmente alterados em vista de circunstâncias e necessidades específicas do estabelecimento: necessário aqui compreender as finalidades do instituto que, por força de casualidades próprias, não deve ser inviabilizado por conta de uma compreensão meramente formalista dos aplicadores e operadores da lei penal. Da mesma forma, embora a LEP tenha incorrido no imperdoável erro de buscar expurgar o trabalho artesanal, o certo é que se trata de ocupação intensamente favorável ao próprio processo de libertação do condenado, independentemente da localização turística ou não do estabelecimento: o artesanato impõe um regime e uma disciplina trabalhista bastante louváveis, além do que normalmente habilita o condenado a um desempenho profissional independentemente de uma relação de emprego sempre difícil de ser obtida quando de sua libertação. Logo, também não há sentido em certa tendência jurisprudencial de recusar a remição quando se trata de trabalho artesanal que, antes, deve ser incentivado pela Administração prisional.

• "É de ser concedida a remição de penas mesmo quando a jornada de trabalho é inferior a 6 horas pois, quando o regime de prestação de serviços no estabelecimento prisional é de 4 horas diárias, não pode o condenado subverter o sistema e exigir prestação superior, já que assim estaria comprometendo o regular funcionamento do organismo. Assim, não é o condenado quem contribui, com eventual desídia ou má-vontade, para essa prestação reduzida. Ao contrário, obedece ele às ordens emanadas

da direção e não pode vir a ser prejudicado em seu pedido de remição" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 116.406.3/5, São Paulo; j. 07.01.92, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

27.4 Comprovação: forma

Nota: tema sempre polêmico diz respeito à comprovação do desempenho trabalhista do preso para fins de remição, sendo normalmente exigidos atestados ou relatórios circunstanciados, indicando as datas em que houve o comparecimento no trabalho, jornada e sua natureza. Alguns estabelecimentos pouco aparelhados não têm o costume de lavrar tais registros, acabando por fornecer dados insuficientes para que o Juízo aprecie o mérito do pedido de remição: a omissão é de todo injustificável e suas responsabilidades devem ser apuradas devidamente.

Outra linha de problemas surge nos trabalhos externos autorizados no semi-aberto: de qualquer modo, é imprescindível que a Autoridade administrativa tenha efetivamente meios de fiscalização da realização do trabalho pelo preso, não bastando que ateste ou relate a simples saída do estabelecimento em certo horário e seu retorno subseqüente. Nesses casos, admissível é a conversão do pedido de remição em diligência para que a Autoridade administrativa informe quais são as medidas de fiscalização concretamente empreendidas para que, assim, possa haver garantias quanto à efetiva realização do trabalho proposto.

• "Defere-se a remição de penas quando, em princípio, os atestados exibidos pelo interessado, emanados da direção do IPA, preenchem os requisitos legais, sendo até minuciosos ao mencionarem os dias em que o convicto efetivamente trabalhou. Se alguma dúvida tem a Justiça Pública, pode ela, nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, empreender diligências e até oferecer denúncia contra possível emitente de fato atestado. O que não se pode, nem se deve, é procrastinar apreciação de requerimentos formulados por presos que apresentam documentos que, em princípio, comprovam trabalho executado" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 86.281-3, São Paulo; j. 26.03.1990, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.). No mesmo sentido: TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 91.057-3, São Paulo; j. 10.07.1990, v. u., Rel. Ângelo Gallucci.

27.5 Oitiva prévia das partes

27.5.1 Necessidade

Nota: ambas as partes devem ser ouvidas antes da decisão de remição, cabendo a oitiva do MP quando o pedido, devidamente instruído, já está subscrito pela Defesa do condenado. Obviamente, cabe que se lhes abra a oportunidade de manifestação, devendo elas se posicionarem desde logo também quanto ao mérito, sob pena de admitirem seu julgamento imediato pelo Juízo.

• "Os arts. 67 e 126, § 3.º, da LEP tornam obrigatória a ouvida do MP quanto ao mérito do pedido de remição de penas, sem o que é nula a decisão judicial que o defere" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 194.549-3/8, São Paulo; j. 14.03.1996, v. u., Rel. Pereira da Silva; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 347.009; red.).

27.5.2 Desnecessidade

• "Rejeita-se preliminar de nulidade fundada na inexistência de manifestação do MP sobre o mérito do pedido de remição de penas quando, reiteradamente, lhe foram abertas vistas para tanto, inexistindo, conforme precedentes desta Câmara, violação de seus direitos ou equívoco quanto a sua função fiscalizadora. Se a LEP concede ao promotor requerer providências, também impõe ao juiz deferir ou não tais requerimentos, sem o dever de com eles sempre concordar. Quando o promotor, embora tendo a oportunidade de fazê-lo, prefere não se manifestar quanto ao mérito, não pode depois alegar cerceamento de direitos, já que, no mínimo, estaria alegando nulidade a que deu causa" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 126.271-3/6, São Paulo; j. 02.09.1992, v. u., Rel. Luiz Betanho; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 113.489).

28. Falta Grave e Perda da Remição (127)

28.1 Possibilidade

Nota: cabe recordar que, desde longevos anos, a jurisprudência vem sendo absolutamente uniforme no sentido de que a prática de falta grave pela pessoa presa acarreta a perda dos dias

remidos até a data de sua ocorrência, tenham ou não sido eles assim declarados por decisão judicial. Como fundamento próximo para essa postura, aponta-se o art. 127 da LEP e, como seu fundamento remoto, a prática de falta disciplinar de natureza grave. Realmente, ao longo dos anos tal postura, em sentido geral, veio encontrando tal resposta na jurisprudência dos Tribunais, alcançando, com poucas exceções, o patamar de questão razoavelmente pacífica. Ao mesmo tempo, encontra-se em manuais de execução penal o mesmo posicionamento, embora haja ocasião em que consagrados autores do mercado editorial brasileiro se fundamentaram enganadamente em suas fontes informativas, invocando erroneamente o direito comparado (mais propriamente o direito espanhol) que, bem ao contrário, não apenas não acompanhava a solução de nosso legislador como, a rigor, a ela estava frontalmente oposto. Questionar até que ponto os estudiosos convocados para a elaboração do projeto que desaguou na LEP não incorreram no mesmo engano, mal emprestando do direito espanhol um instituto muito diferenciado do que aquele adotado nesse art. 127 (praticamente seu oposto), é um tema que, por ora, apenas podemos deixar em aberto, embora haja muitas indicações de que isso realmente tenha sido o que ocorreu.

Em síntese, essa posição lastreava-se na inevitabilidade de não poder negar vigência à norma legal em tela que, enquanto lei ordinária depurada por um rico processo de elaboração acadêmica e após política, não poderia ser simplesmente recusada pelo Poder Judiciário: não ao menos enquanto não garimpados fundamentos ainda maiores no Direito vigente. Abriu-se assim a *pesquisa dos argumentos*, já que a todos espantava – dissessem-no ou não às claras – a solução legal do art. 127 da LEP, instituto ao qual não se pode recusar, como também adiante veremos, um caráter rigorosamente *sui generis*, sem igual em qualquer outro no mundo da execução penal (quiçá mesmo em qualquer ambiente do Direito moderno) e que, à luz da razão e da sensibilidade, trazia o grave aroma de sua insustentabilidade jurídica e filosófica.

De primeiro plano, ficava por ser frisada uma diferenciação ontológica entre as demais conseqüências da falta grave no processo de execução penal – dentre as quais se ressalta a regressão de regime prisional – e a perda dos dias remidos: nesta, à diferença de todas as demais, pressente-se a retirada de algo que já estava desde há muito dado pelo ordenamento, às vezes depois também por decisão judicial, ao preso que apenas adiante se fez infrator. Enquanto as outras respostas lançam-se apenas em direção ao futuro da execução, tão somente ajustando-a a uma nova realidade que se apresenta e assim reclama por imperativos lógico-sistêmicos, o art. 127 da LEP embute uma ação sobre o próprio passado, fulminando relações já estabelecidas sob um ambiente histórico que as justificava e querendo, sobretudo, reordenar relações respaldadas em expressas garantias legais e não raro ainda jurisdicionais que, por seu turno, se fundamentaram sob a iluminação de princípios inequívocos da ordem vigente. Nesse contexto, podemos dizer que havia no ar um grave aroma de insustentabilidade do instituto, percebido em maior ou menor medida por todos aqueles operadores que, com um mínimo de sensibilidade, se debruçavam sobre a execução penal.

Estávamos assim às voltas com uma medida magnificamente, puramente retributiva e, portanto, contaminada por sua completa ausência de racionalidade e contraposta, sem dúvida, ao caráter eminentemente educativo e libertador que, à vista dos demais institutos, deve sempre inspirar as respostas aos eventos tidos por infracionais. A imposição do art. 127 da LEP não desaguava, como os demais institutos, em uma reordenação do processo de execução a uma nova realidade e, muito menos, tinha como ser sustentada por qualquer fundamento de caráter educativo: antes, sempre foi exuberantemente sancionatória, pura e simplesmente (embora muitos não alcançassem então a percepção dessa qualidade). Não era de caráter racionalizante, já que em nada contribuía para o curso subseqüente do processo de execução penal; não era pedagógica, já que desistimulava claramente a perseverança no trabalho prisional. Sua coloração, portanto, sempre foi a de um instituto exclusivamente retributivo e, como tal, havemos de tomar o termo no seu pior comprometimento clássico, na leitura meramente fragmentária da construção kantiana de pena enquanto, e apenas enquanto, resposta (justa?) ao cometimento de uma infração. É, pois, o retorno ao primado do pleno irracionalismo, com a desistência de integrar na pena fundamentos inteligentes e dá-la, tão-somente, como resposta a imprecisos, insustentáveis e impenetráveis argumentos de supostos anseios coletivos da pena-sanção.

Sobretudo, surgiu então, ainda que a princípio sussurrante, a séria convicção de que o art. 127 da LEP era insustentavelmente iníquo, perverso, grosseiro: tudo o que de mais podemos lastimar nesses adjetivos é exatamente a nossa incapacidade de não os haver vislumbrado antes. A "perversão" do instituto decorre de sua capacidade de desdizer a ordem anterior que se respaldava, como vimos, em sólidos fundamentos legais, filosóficos e jurisdicionais, trazendo ainda séria imprecisão ao cômputo da pena ao repor dias remidos antes tidos, em tudo e por tudo, como pena propriamente extinta. Sua "grosseria" se compõe por seu tom dissonante da melodia moderna que contamina os demais institutos da execução penal, todos inspirados em ricos princípios humanizantes e voltados para o emprego inteligente das penas e para sua exata adequação à pessoa que a suporta. Finalmente, sua iniqüidade merece tratamento à parte, como veremos a seguir, pois sem dúvida constitui a qualidade mais grave da triste solução legal.

Um mínimo de experiência jurisdicional com o tema basta para sensibilizar a dificuldade que representa, para a pessoa presa, alcançar a remição de penas pelo trabalho. Nossa sempre calamitosa realidade prisional hoje não enseja práticas *laborterápicas* tais como aquelas comumente cogitadas e, sequer, revestidas com a qualidade de trabalho minimamente remunerado e, muito menos, voltadas ao desenvolvimento de aptidões profissionalizantes idôneas. Antes, inicia-se para a pessoa presa a luta para conquistar um espaço nas vagas de trabalho do estabelecimento, nem sempre disponíveis para todos, pese embora o esforço verdadeiramente digno de muitas Diretorias para criar esses valiosos postos, com meios quase nulos. Não raramente nos deparamos com casos de pessoas presas que esperaram anos para obter uma vaga de trabalho no estabelecimento onde estão recolhidas, sem que se lhe possa imputar um centímetro de responsabilidade por essa abstinência. Finalmente obtida a almejada vaga, passa-se ao enfrentamento de uma rotina degradante: semanas, meses, anos na montagem de dezenas e dezenas de milhares de pregadores de roupas; no bordar de centenas de panos de prato, na costura de centenas e centenas de bolas de couro, repetidamente, maniqueistamente, na indiferenciada automação das mãos, da própria Vida, na mesmice do tempo. Ademais, a maratona de obter a remição judicial de dias da pena, através de procedimentos burocráticos que se arrastam indefinidamente. Obtida afinal a remição, sobrevém então a falta: um fato, um momento, um instante mais grave (ou gravíssimo: a lei não diferencia) e perde-se tudo: semanas, meses, anos de espera, de paciência, de submissão a um mundo cristalizado. Perde-se às vezes uma dúzia de dias; quem sabe centenas; outras vezes, perde-se quantidades que raiam o milhar de dias, como tão comumente já se viu em julgados de todo o País.

A iniqüidade surge quando se percebe – quando finalmente se percebe – que não se trata de afirmar que o "bom" se tornou "mau" (como bem se pode dizer à vista do fenômeno da regressão de regime), mas sim de dizer que o "mau" fulminou o próprio "bom", o que é bem mais do que um simples jogo de palavras. A falta, qualquer que seja ela, não tem a mesma substância da remição antes conquistada e, nesses termos, não são reciprocamente compensáveis, não guardam entre si qualquer relação minimamente demonstrável e minimamente garantida de intercambiamento. E, nesse sentido específico, segue o iníquo art. 127 da LEP contra toda a corrente educativa do ordenamento penal, cujo postulado básico é o de preservar os valores positivos da conduta humana, mesmo quando esses valores se contrastam ou surgem no curso de fenômenos ilícitos, garantindo-lhes, sempre, sua exata e conclusiva repercussão (pense-se, por exemplo, em todo o sistema de atenuantes genéricas e de figuras privilegiadas previstas em nosso Código Penal; pense-se, afinal, na profunda sabedoria do art. 59, *caput*, desse mesmo texto, onde o legislador faz a garimpagem e a microscopia do homem e do fato). Antes, à vista de uma falta grave, o ordenamento haveria, para manter sua coesão sistêmica, de ponderar em favor do agente a evidência de haver ele trabalhado anteriormente, com o que a resposta à falta seria certamente um produto mais enriquecido.

E mais! Percebia-se ainda a absoluta ausência de proporcionalidade entre a prática de uma falta disciplinar e a perda dos dias remidos, cuja quantidade há de ser sempre inexata, casuística, circunstancial: aqui, o castigo (pois de castigo estamos tratando, já que a medida é puramente retributiva) atinge mais aquela pessoa presa que ostenta um histórico carcerário melhor enriquecido com um maior número de dias antes

remidos. Deparamo-nos, portanto, com uma completa e realmente única inversão de valores e critérios, pois exatamente aquele preso que mais trabalhou, e que portanto mais remiu, é aquele que sempre acaba sendo mais castigado, suportando perdas mais pesadas. Não são nada incomuns os casos de uma mesma falta praticada conjuntamente por dois ou mais sentenciados: ao castigar qualquer deles, o art. 127 da LEP estranhamente determina que se procure o de maior mérito, com maior número de dias trabalhados, para que este sofra, em comparação com os demais, a pena mais gravosa. Nesses casos, temos então uma mesma falta e duas ou mais penas divergentes, sendo maior aquela imposta ao preso de vida e de conduta menos censuráveis. É certo que integra a experiência de vida a máxima de que sempre mais perde aquele que mais tem: porém o nosso Direito Penal não é feito de máximas mas, sim, de princípios de vida. Tais princípios de vida não frutificam nos critérios quantitativos que ditam as máximas, sendo antes alimentados por fundamentos qualitativos de diferenciação, o que, aliás, é obrigação de um Direito Penal que se pretende minimamente racional porque, afinal, vocacionado para ser racionalizante.

Em maior ou menor medida, é certo que esse aroma de sua iniqüidade incomodava a todos os que se debruçavam sobre o tema: uns o percebiam desde o primeiro contato; outros, até pouco tempo atrás, não o vislumbravam com plena clareza, invocando a qualidade pedagógica para um instituto que, a rigor, era o próprio avesso de qualquer pedagogia e esquecendo-se – infelizmente esquecendo-se – que a imanência puramente retributiva da medida não lhe possibilitava qualquer sobrevida lúcida. Impunha-se, portanto, a reflexão redobrada; a recontagem dos aspectos; o retorno em busca das origens e do que mais pudesse estar enraizado e escondido no calor úmido da terra.

Esboçava-se então a vocação trabalhadora da jurisprudência.

28.1.1 Casuística

• "A prática de falta disciplinar grave, reconhecida por ato administrativo correto, proporcional, conveniente e oportuno, acarreta a perda do tempo de pena remido" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 169.201-3/2, São Paulo; j. 30.03.1995, v. u., Rel. Cardoso Perpétuo; red.).

• "É válido o procedimento disciplinar que apurou falta grave praticada pelo preso, gerando em conseqüência a perda dos dias até então remidos pelo trabalho, quando o mesmo foi cientificado da imputação e concordou com a nomeação de defensoria dativa para assisti-lo no procedimento. No dizer de Júlio Mirabete, *é evidentemente necessário que o condenado deve ser previamente cientificado da infração que lhe é atribuída para que possa preparar a sua defesa e, ao menos no caso de apuração de faltas graves, que se utilize, se assim o desejar, da assistência jurídica do estabelecimento* (*Execução Penal*, Ed. Atlas, 1987, p. 177). Outro não é o entendimento de Sérgio Pitombo: *A subseção V, derradeira, institui o procedimento administrativo disciplinar. Ao fazê-lo, traça duas regras a se observarem no futuro Regulamento: direito de defesa do imputado, bem como a necessidade de motivo ou motivação, para o ato decisório, que sancione, ou não, o condenado ou o preso processual (art. 59 e par. ún. da LEP)* (*O Regime Disciplinar Especial dos Condenados.* Artigo publicado no Jornal do Advogado, ano XII, Abril de 1988, n. 130, p. 8)" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 923.735/5, São Paulo; j. 20.06.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; red.).

28.1.2 Oitiva prévia do condenado:

Nota: aqui, à diferença do que ocorre quanto à regressão de regime prisional, a rigor a lei não exige a oitiva judicial do condenado para a decisão que decreta a perda dos dias remidos: havendo necessidade específica dessa oitiva, cabe à parte que a reclama demonstrá-la concretamente.

(a) necessidade

• "Em vista de fuga do semi-aberto, para a perda do tempo remido há necessidade de se inquirir previamente o faltoso, a teor da impositividade do verbo *dever* do art. 118 da LEP" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

(b) desnecessidade

• "Conquanto jurisdicionalizada a execução penal, não se pode deixar de reconhecer,

como, aliás, ocorre também na execução civil, que o juiz dispõe de poderes para agir de ofício, visando à reta aplicação da lei e à consecução dos fins desse processo de execução, a reeducação do sentenciado e a sua reinserção social em condições mais adequadas. Não se perca de vista, por sinal, que ao juiz cumpre zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (LEP, art. 66, VI) e que o juízo da execução é um dos órgãos da execução penal (LEP, art. 61, II). Ora, se comprovada a prática de falta grave ou crime doloso, a justificar a regressão de regime, e se tal prática acarreta, igualmente, a perda dos dias remidos, não se pode dizer que o Juízo tenha julgado *ultra petita*, ao decretar essa perda, sem que o Ministério Público deduzisse expressamente tal pretensão. E isto porque era obrigação legal do Juízo decretar a perda dos dias remidos, já que ao magistrado cumpria zelar pelo correto cumprimento da pena. Estes formalismos originários do direito romano não se compatibilizam com a dinâmica da execução penal, sem embargo de que, como é óbvio, prevalecem os mandamentos constitucionais. Tendo a defesa perfeito conhecimento de que o sentenciado praticou delito doloso e que pode sofrer as conseqüências jurídica de tal conduta, conseqüências entre as quais se acha a perda dos dias remidos, e sendo-lhe garantida sua manifestação nos autos após a oitiva do art. 118, § 2.°, da LEP, não pode ela alegar surpresa com a decisão final que, além de regredir o sentenciado, também decretou a perda dos dias por ele até então remidos, sendo assim regular a conduta do Juízo e não existindo nela qualquer constrangimento ilegal, denegando-se, portanto, a ordem agora reclamada" (TJSP, 5.ª C. Crim.; HC 218.696.3/0, São Paulo; j. 07.11.96, v. u., Rel. Celso Limongi; red.).

28.2 Impossibilidade

28.2.1 Vício formal do procedimento administrativo

Nota: primeiramente, registre-se certa linha de julgados que, por fundamentos próprios, cumpre igualmente o valioso papel de resistência à disposição do art. 127 da LEP. Aqui, à diferença das demais correntes (v. abaixo), os argumentos não estão centralizados mas microscopicamente dispersos. Já não se trata mais de combater frontalmente a fórmula legal, mas de afastá-la casuisticamente com critérios firmes. Diante de hipóteses concretas, preserva-se os dias remidos por deficiências formais ou materiais na imputação da própria falta grave.

Desse modo, nesse grupo, encontramos de um lado um grande rol de julgados que mantêm os dias remidos por força de irregularidades formais ou deficiências na apuração da falta disciplinar pelo respectivo procedimento administrativo. O fundamento maior desses julgados, qual seja o direito constitucional à ampla defesa técnica em procedimentos dessa natureza, defluiu de uma das grandes conquistas jurisprudenciais dos anos noventa no campo da execução penal brasileira, acabando por reformular antigas práticas viciadas, de forma que hoje podemos dizer que a presença da Defesa técnica nas sindicâncias administrativas é, depois de tantos fluxos e refluxos, uma realidade generalizada em todos os estabelecimentos prisionais da rede paulista (ainda que agora se abra o espaço para seu aprimoramento qualitativo). Mas, de outro lado, temos também nesse rol de julgados aqueles que ainda mais avançam, estabelecendo que o próprio mérito da solução administrativa pode e deve ser objeto de avaliação específica pelo Juízo para, apenas então, poder-se determinar suas conseqüências jurisdicionais, dentre as quais, obviamente, a perda dos dias remidos. Finalmente, e ainda nesse rol de julgados, temos aqueles que mesclam a recusa da solução legal seja por deficiência formal, seja por deficiência na avaliação do próprio mérito pela autoridade administrativa, fatores estes que, assim, fundamentam a não aplicação, pelo judiciário, da perda dos dias remidos.

Para todo esse conjunto de julgados, portanto, para que se possa cogitar da perda dos dias remidos é imprescindível que tenha ocorrido apuração regular da apontada falta grave, seja através de procedimento judicial com todas as garantias a ele inerentes, seja, quando o caso de falta diversa da evasão, através de sindicância administrativa que preserve todas as garantias do contraditório processual e da ampla defesa. Do mesmo modo, em sendo o caso de falta apurada através de sindicância administrativa, cabe ao Juízo da execução proceder a seu exame substancial, inclusive quanto ao mérito da solução administrativa para, apenas se realmente entender caracterizada falta revestida de

real e específica gravidade, declarar então a perda do tempo já remido.

Diante desse grupo, a rigor nada há para desconsiderar. Antes: tudo para aplaudir e muito para aprender. São lições sábias que, como não poderia deixar de ser e já é o momento de definir, entricheiraram-se seguras à sombra dos armamentos constitucionais. É certo que comportam restrições na medida em que não se prestam à fundação de uma solução global, já que sua natureza é incontornavelmente microscópica, todavia, no que têm de positivo, apontam com o dedo em riste para a CF onde, afinal, há de se buscar uma visão mais global de toda a nossa problemática. Mas também as lições dos outros grupos de julgados (v. itens abaixo) têm irrecusável ânimo de combate que não pode, e não deve, ser menosprezado. A sua maneira própria, cada um desses julgados traz consigo o repúdio à iniqüidade com que se confronta; a percepção de que todo esse entristecido repertório não pode permanecer incólume. Em conjunto, bem exercitam o compromisso de filtragem sem o qual já não se pode falar em ação jurisdicional na sua mais exata, e mais digna, acepção. É, portanto, esse seu compromisso que deve ficar sempre fixado para que se possa, em passo seguinte, alcançar um enquadramento mais apurado de nosso tema.

• "Exclusivamente para fins de manutenção dos dias já remidos pelo trabalho, não subsiste a responsabilização administrativa do preso por falta grave quando apurada em sindicância meramente sumária, por decisão não devidamente motivada aplicada pelo diretor do presídio e não por seu conselho disciplinar, quando os mesmos fatos resultaram em absolvição criminal em Juízo por falta de provas" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 711.905/7, São Paulo; j. 17.06.1992, v. u., Rel. Paulo Franco; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 145.709).

• "Compreende-se, até como imposição para poder gerir um Casa prisional complexa, com alta freqüência e com problemas imensos e complicados – que a disciplina deva imperar como regra, talvez primeira. Sem a qual desboroa qualquer administração presidiária. Também, e com igual ênfase indispensabilizante, a sumariedade das apurações administrativas de faltas disciplinares. Por certo o formalismo excessivo incompadece-se com o tramitar de faltas disciplinares ante, principalmente, à necessidade premente de soluções breves, por vezes imediata; no restabelecimento da ordem e como exemplo na coerção a reiterações. Todavia, há um mínimo por obedecer. Tanto que afine com o senso íntimo de justiça, como que assegure ao detento a sensação de que se busque, com seriedade e consciência do justo, buscá-la. O sentido da observância do justo é essencial à sobrevivência do ser unitário, quando colocado em entidade plúrima; mais especialmente, em presídio. Essencialidade que vai, desde a insatisfação desconfortável, chegando à insurreição desesperada e culminando no desequilíbrio emocional e, ou, mental. É necessário que sejam tomadas as providências para o cabal esclarecimento do fato, em seus comemorativos, mediato e e imediato. A decisão que aprecia eventual perda de dias remidos com base em sindicância que apurou falta grave deve considerar a suficiência formal da mesma e seu conteúdo de mérito: até então, sobrevive a remição" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 126.563-3/9, São Paulo; j. 21.09.1992, v. u., Rel. Ary Belfort; dtj; 1.ª inst. 234.281; red.).

• "O art. 5.º, LV e LXXIV, da CF e os arts. 3, VII, e 59 da LEP asseguram o contraditório, a ampla defesa e a assistência jurídica ao preso, não podendo a remição de pena pelo trabalho, adquirida pelo preso ao longo da execução, ser cassada com base em sindicância administrativa que sequer observou tais garantias individuais" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 903.081/5, São Paulo; j. 31.01.1995, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 314.604).

• "Perde os dias remidos pelo trabalho o preso que comete falta disciplinar grave, inexistindo nulidade no procedimento administrativo que a apurou quando garantiu o exercício do direito de defesa ao ouvir o sentenciado em depoimento, dando-lhe a oportunidade de prestar sua versão sobre os fatos" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 172.596-3/0, São Paulo; j. 16.03.1995, v. u., Rel. Nélson Fonseca; red.).

• "A capitulação da autoridade administrativa não determina, automaticamente, a sorte da remição de pena, fazendo-o sim a ocorrência efetiva de falta grave reconhecida judicialmen-

te, pois, caso contrário, estar-se-ia atribuindo à administração penitenciária o poder de, indiretamente, reformar as decisões judiciais. Para a perda dos dias remidos, não basta ao juiz basear-se em procedimento administrativo que não preservou o direito de defesa, eximindo-se aquele de apreciar o mérito da questão, já que a decisão da Administração não vincula o Juízo que sempre poderá ou não declarar a perda do período remido, após procedimento em que se tenha assegurado o direito de defesa, se o caso iniciado de ofício" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 937.837/6, São Paulo; j. 31.05.1995, m. v., Rel. Samuel Júnior; tj 24.07.1995; red.).

• "O que é importante é que a decisão administrativa, proferida em sindicância para a apuração de falta disciplinar, fique sujeita ao crivo do Juízo das execuções criminais, para que dela decorram seus efeitos na execução. Assim, tal decisão administrativa, tomada com base em instrução sumária, sem a presença de defensor, embora válida dentro de seus limites, para a aplicação das sanções do art. 53 da LEP não pode vincular o Juízo, obrigando-o, sem mais, a decretar a perda dos dias remidos. Tal decisão, embora não possa discutir o mérito da punição, deve expressamente apreciar, fundamentadamente, a possibilidade de anulação do procedimento disciplinar, ou a inexistência de falta disciplinar. Esta é também a posição de Julio Fabbrini Mirabete, para quem *Não pode o magistrado discutir o mérito da punição disciplinar, cabendo-lhe apenas a anulação do procedimento disciplinar quando não obedecidos os dispositivos previstos pela lei federal ou local a respeito do seu processamento ou a inexistência de falta disciplinar* (*Execução penal*, Atlas, 5.ª ed., p. 321). Resumindo, anula-se a decisão judicial, acrescentando-se que a prova obtida pela Administração pode ser suficiente para a aplicação das sanções disciplinares, mas pode não o ser para sustentar a perda dos dias remidos, que é feita por decisão judicial" (TACRIM-SP, 16.ª C.; HC 293.966/6, São Paulo; j. 10.10.96, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

28.2.2 Controle do mérito da responsabilização administrativa

Nota: v. nota anterior.

• "Tratando-se de sindicância administrativa para apuração de falta disciplinar de natureza grave, a circunstância de ter sido o condenado inquirido sobre os fatos, por si e em face das características do caso, pode não bastar para que se possa ter como atendidos os princípios estabelecidos no art. 5.º, LV, da CF. De qualquer modo, não cabe porém, evidentemente, a revisão da sanção administrativa aplicada, mas, há necessidade de analisar os fatos ocorridos, para que se possa saber da justiça feita pela decisão judicial dela decorrente, isto porque compete ao Juiz, porque somente ele é que tem competência para dar a remição ou tirá-la, apreciar os fatos que estão sendo noticiados pela autoridade administrativa e verificar se os pressupostos legais necessários foram observados. Não é a capitulação feita pela autoridade administrativa que tem o condão de, automaticamente, gerar a perda do período remido ou impedir a concessão de outros, mas, sim, a efetiva ocorrência de falta grave reconhecida judicialmente. Entender-se de forma diversa implica outorgar à administração penitenciária o poder de, indiretamente, reformar decisões judiciais. Portanto, para que uma falta grave possa ocasionar a perda prevista no art. 127 da LEP, mister se faz que haja o reconhecimento por parte da autoridade judiciária da ocorrência de tal circunstância. Isto significa que não pode o Juiz, com base em procedimento onde não haja sido assegurado o direito de defesa, pura e simplesmente, sem apreciar o mérito da questão e referindo-se exclusivamente à conclusão administrativa, declarar a perda de período remido. Ademais, o art. 194 da LEP estabelece que *o procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução*, pelo que se verifica que não foi intenção do legislador outorgar à capitulação, feita em procedimento administrativo, da ocorrência de falta grave, a força de revogar decisões judiciais. E não se diga que tal poderia ser feito em benefício da disciplina interna, mesmo porque as autoridades administrativas sempre terão o poder de aplicar sanções, desde que consoante as disposições do art. 45, da mesma lei. Mas tal decisão não vinculará o Juiz, que poderá ou não declarar a perda do período remido, após procedimento em que tenha sido assegurado o direito de defesa e que poderá, se for o caso, ser iniciado de ofício, em face do contido no art. 195" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 937.837/6, São Paulo; j. 31.05.1995, m. v., Rel. Samuel Júnior; tj 24.07.1995; 1.ª inst.-VEC/SP 177.049; red.).

• "Tratando-se de sindicância administrativa para apuração de falta grave consistente em desrespeito a funcionário, e sempre nos termos do parecer do i. Promotor de Justiça Designado, Doutor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, parecer este que fica adotado como razão de decidir e parte integrante desta, a primeira questão a ser analisada é a do próprio mérito da sindicância, quando salta aos olhos o excesso e o desvio de execução, sentindo-se desrespeitado o funcionário por excesso de sensibilidade, ou por idiossincrasia especial em relação ao sentenciado. É de se considerar sempre que, no ambiente penitenciário, não se deve esperar mesuras e demonstrações de educação ou requintes de gentileza qual se encontrassem os protagonistas numa Embaixada Diplomática, ou na Câmara dos Lordes. Há de se analisar o desrespeito a funcionário segundo padrões sócio-culturais dos protagonistas envolvidos. Os agentes penitenciários também não tratam os reclusos com pronomes de tratamento reveladores de especial apreço e consideração. Ademais, parece rematada estupidez impor-se a educação, pois esta é fruto da liberdade e só o saber livre é criador. Assim, pode o magistrado, desde o ponto de vista do mérito da falta disciplinar, considerar inexistentes os motivos para sindicância quando, a rigor, não houve ofensa dirigida á pessoa do funcionário, mas apenas um emprego de expressões grosseiras sem destinatário específico. Tal consideração, contudo, que se faz nesta fase, exige que esteja o Poder Judiciário capacitado para ingressar na análise do mérito das decisões administrativas tomadas no ambiente penitenciário. Desde a edição da Lei 7.210/84 que se afirma que a autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2.° da lei, foi estabelecido que a *jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal.* A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio de execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. Para isso, a LEP enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada *cela escura* (art. 44, parágrafos). Na Exposição de Motivos da LEP, item 78, acha-se esculpido que *na Comissão Parlamentar de Inquérito que levantou a situação penitenciária do País, chegamos à conclusão de que a disciplina tem sido considerada 'matéria vaga por excelência, dada a interveniência de dois fatores: o da superposição da vontade do diretor ou guarda ao texto disciplinar e o da concepção dominantemente repressiva do texto. Com efeito, cumulativamente atribuídos à direção de cada estabelecimento prisional a competência para elaborar seu código disciplinar e o poder de executá-lo, podem as normas alterar-se a cada conjuntura e se substituírem as penas segundo um conceito variável de necessidade, o que importa, afinal, na prevalência de vontades pessoais sobre a eficácia da norma disciplinar. O regime disciplinar, por seu turno, tem visado à conquista da obediência pelo império da punição, sem a tônica da preocupação com o despertar do senso de responsabilidade e da capacidade de autodomínio do paciente* (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao n. 61, de 06.04.1976, p. 6). Sob certo aspecto, essa situação que se pretendeu banir com a LEP surge, aqui, revigorada. No que se refere às faltas disciplinares, foram dois os tratamentos conferidos pela LEP, distintos em função de seus efeitos. A lei confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discricionário do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente. Com relação às faltas graves, porém, a lei adota solução diversa. Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave justifica a regressão, consistentes na transferência do condena-

do para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime (art. 117, I) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução (par. ún. do art. 47) para decidir sobre a regressão. Na hipótese de o condenado que cometer falta grave já se encontrar em regime fechado, não sendo possível falar-se em regressão, nem por isso se desobriga a autoridade penitenciária de representar ao juiz para que este decida quanto aos demais efeitos decorrentes da imposição de sanção por falta grave (perda ou desconsideração dos dias trabalhados por remir ou dos dias remidos; isolamento celular; perda de privilégios). Assim, é natural que o magistrado aprecie o mérito da sindicância para validá-la ou não em seus efeitos, jamais omitindo-se com as evasivas sobre a regularidade formal, em face da natureza da falta disciplinar que é objeto de apuração. Sem dúvida, a CF não apenas exige a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão de direito individual (art. 5.º, XXXV), como também a motivação das decisões jurisdicionais (art. 93, IX), sendo que ambos os dispositivos constitucionais seriam violados quando o magistrado pratica tal omissão" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 200.405-3/8, São Paulo; j. 22.04.1996, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

• "Como esclarece Paulo Lúcio Nogueira (*Comentários à Lei de Execução Penal*, 1994, p. 176), *outra questão que tem suscitado controvérsia a respeito do tempo refere-se à 'falta grave', que venha a ser praticada e que implicaria a perda do tempo, começando a contar novo período da infração disciplinar.* O ilustre Procurador do Estado Rui Carlos Machado Alvim, em trabalho sobre o assunto, chega à conclusão de que *o cometimento de uma falta grave não tem o dom de eliminar todo o período remicional anterior: há que buscar-se certa polaridade temporal entre a data da realização da falta grave e o período remido anteriormente.* Já Odir da Silva e José Boschi chegam a afirmar que *ofende a nossa consciência jurídica e o nosso sentimento de justiça a solução preconizada pela lei.* Assim, havendo precariedade de provas na sindicância administrativa quanto à imputação de falta grave, e ponderando-se as conseqüências altamente desalentadoras que representaria a perda de muitos dias remidos, é de se afastar tal solução, convalidando-se a remição anterior e mantidos, apenas, os efeitos da sanção disciplinar" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 203.784-3/8, São Paulo; j. 22.04.1996, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; dtj; 1.º inst.-VEC/SP 176.361; red.).

28.2.3 Coisa julgada da sentença concessiva da remição

Nota: há também uma linha de julgados que invoca, em desfavor do art. 127 da LEP, a tese de que o mesmo ofenderia o que denominam de "princípio constitucional da coisa julgada" ou, de qualquer modo, a coisa julgada material que reveste a decisão judicial concessiva da remição. No mesmo sentido podem também ser colhidas opiniões doutrinárias. Mas nem por isso o caminho se fez mais plano. Ora, aqui novamente retorna a mesma confusão de institutos. Também a coisa julgada não é, nunca foi e jamais deverá ser instituto de rigor constitucional, pois o que faz – e bem faz – nossa CF é dispor que a lei (nova) não ofenderá a coisa julgada, ou seja, o Constituinte não estabeleceu o conteúdo, a imutabilidade e a natureza da coisa julgada mas, tão-somente, determinou que a coisa julgada não seja ofendida pela lei nova (matéria referente a direito temporal e, portanto, igualmente estranha à hipótese sobre a qual nos debruçamos). De fato, "coisa julgada", enquanto instituto, é matéria de lei ordinária e não poderia ser de outra forma pois, caso contrário, nosso direito objetivo não poderia conhecer as chamadas sentenças *rebus sic stantibus* e, sequer, os ricos institutos da ação rescisória e da ação revisional: fosse a "coisa julgada" instituto de força constitucional, tais ações ou sentenças seriam simplesmente impensáveis em nosso ordenamento.

E aqui nasceu uma das maiores confusões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da natureza da decisão concessiva da remição de penas, confusão esta que, por algum tempo, a muitos afetou. Dizia-se então, ao lado de diversos julgados e de alguns doutrinadores, que a decisão concessiva da remição estava contaminada pela chamada clásula *rebus sic stantibus*, podendo ter seus efeitos revogados a qualquer momento quando verificada infração disciplinar de natureza grave. O engano, todavia, decorria de nossa falta de rigor técnico no exame da natureza das chamadas sentenças *rebus sic stantibus* pois, uma vez procedido

esse exame com maior exatidão, torna-se naturalmente insustentável tal assertiva.

De fato, aquilo que se denomina de sentença contaminada pela cláusula *rebus sic stantibus* nada tem de semelhante com o fenômeno que se verifica com a remição de pena e com o intercâmbio de disposições entre os arts. 126 e 127 da LEP. Aquelas, propriamente *rebus sic stantibus*, têm por objeto próprio e peculiar as relações continuativas, entre as quais certamente não se enquadra a relação objetivada pela decisão concessiva da remição: nesta, houve uma prestação de trabalho e o Juízo, por sua vez, decidiu sobre o abatimento de parte da pena. Nada, a rigor, se prolonga a partir de então que possa ser classificado como continuação dessa mesma relação (outro trabalho a ser adiante prestado será objeto de uma outra decisão, e assim por diante, sem que o tratamento jurídico primeiramente definido tenha qualquer prolongamento no tempo). Para que a decisão de remição fosse propriamente continuativa, nesse específico sentido técnico, seria necessário imaginar uma decisão que se comprometesse, daí para a frente, a sempre abater tantos dias da pena a cada mês, ou a cada ano, ou a cada período certo de tempo: haveriam prestações periódicas a serem honradas continuadamente, indefinidamente, em concreto, por uma ou por ambas as partes (condenado ou Estado). Mas essa exemplificação é puramente imaginativa, já que não se presta a afirmar o fenômeno que temos em nossas mãos, no qual, repita-se, a relação por ela definida é definitiva e nada tem de tecnicamente continuativa.

Um outro – e quiçá mais relevante – aspecto técnico nos impede ainda de continuar afirmando que a decisão concessiva da remição seja *rebus sic stantibus*. Para que se pudesse afirmá-lo, seria necessário que a segunda sentença (chamada sentença modificativa) passasse a regular a relação a partir de seu advento, não afetando, de modo algum, as relações que se instauraram sob a vigência da primeira sentença. O advento da segunda sentença, portanto, não invalida as relações havidas no curso da eficácia da primeira, e tudo como, aliás há muitas décadas, já nos advertia, ainda quanto ao Código de Processo Civil de 1939, um velho e sempre exato mestre (Pontes de Miranda). Daí porque, no direito civil, as prestações pagas sob a vigência da primeira sentença são sabidamente irrepetíveis, mesmo na hipótese de procedência do pedido de sua revisão (do que as prestações alimentícias são o exemplo clássico). Ora, mas não é esse o fenômeno que ocorre com a remição de penas: aqui, conquistada a remição pela primeira decisão (LEP, art. 126), o condenado teria que devolvê-la quando da segunda (LEP, art. 127) ou, mais simplesmente, passa a perdedor do que antes era ganhador, repetindo ao Estado o produto de sua conquista sob a vigência da ordem jurisdicional anteriormente definida.

Por essas duas vertentes, percebemos então que não se pode, sem grave atentado à boa técnica, dizer que a decisão concessiva da remição comporta a cláusula *rebus sic stantibus*. Certamente isso poderia ser dito quanto à decisão de progressão de regime prisional, onde a relação agora sim é de caráter continuativo e a modificação operada pela decisão de regressão tem efeito *ex nunc* (afinal, a pena descontada sob o regime que lhe era anterior continua sendo pena normalmente cumprida). Mas certamente não se pode, como vimos, falar o mesmo quanto ao problema da remição da pena pelo trabalho, perante a qual a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* seria, para dizer o menos, bastante precipitada.

Na verdade, e sempre *data venia*, confusões dessa ordem justificam-se porque nossa doutrina processual sempre ressentiu-se de estudos mais abrangentes a respeito da coisa julgada no processo de execução penal, matéria sem dúvida polêmica e ainda francamente aberta, aguardando indefinidamente que nossos doutrinadores se voltem para suas adversidades.

A rigor, o processo de execução penal comporta diversas decisões (quiçá prematuramente denominadas de "sentenças") que podem sofrer modificações posteriores, pese seu efeito de coisa julgada material: são exemplos eloqüentes as decisões de progressão de regime prisional e as decisões de concessão de livramento condicional. Nessas decisões, a situação por elas disposta pode ser reformulada à vista do advento de fatos novos: a progressão pode adiante desaguar em regressão e o livramento condicional pode ser suspenso ou mesmo revogado. Trata-se de decisões cujas disposições vigoram enquanto não se apresentarem fatos novos que possam, à vista da letra da própria lei, modificá-las substancialmente.

Ora, afinal esse fenômeno não é inédito em nosso direito e, muito menos, especificamente no processo penal. As leis ordinárias estão repletas de disposições dessa ordem e, nem por isso, há quem se anime a dizê-las inconstitucionais. Assim também a parte dispositiva das sentenças condenatórias de conhecimento comporta aspectos que podem adiante suportar modificações sem que, nisso, se possa vislumbrar ofensa a sua coisa julgada material: é o caso da fixação de regime prisional que, sabidamente, pode sofrer as mutações subseqüentes no processo de execução; é também o caso da unificação de penas para fins de fixação de regime prisional (art. 111 da LEP); ou ainda o caso da unificação de penas pela continuidade delitiva. Ora, em todas essas hipóteses, não se requer da sentença originária que arrole expressamente todas as possibilidades de reformulação que ela comporta: basta sua integração implícita aos institutos legais e, com seriedade, ninguém falaria, à vista desses fenômenos, em ofensa ao princípio constitucional da coisa julgada. Alguns desses fenômenos (como, por exemplo, a estipulação de regime prisional), parecem-nos estar realmente relacionados à debatida cláusula *rebus sic stantibus*; outros, porém, não se adequam a essa cláusula em vista de sua natureza mais peculiar. Diríamos mesmo que, quanto a este último grupo, necessitaríamos infelizmente de uma categoria teórica específica, próxima talvez das "sentenças condicionais resolutivas", embora não esquecendo que, de acordo com o referido mestre Pontes de Miranda, tal categoria "aberraria os fatos".

De qualquer modo – apesar de bem estabelecido que a decisão concessiva da remição não pode ser tecnicamente classificada como portadora da cláusula *rebus sic stantibus* – ao mesmo tempo em que temos que forçosamente relegar toda a disciplina da coisa julgada à lei ordinária, não se pode aprioristicamente, no plano puramente *formal*, afastar a hipótese dessa mesma lei ordinária regular diversamente a modificabilidade da decisão judicial que deu tantos dias da pena por remidos. Ou, em outras palavras, ainda que não sendo de se invocar aquela cláusula, poderia a lei ordinária instituir uma categoria diferenciada de "sentença condicional" e, portanto, virtualmente modificável.

Não haveria, nesse contexto, como negar vigência ao art. 127 da LEP porque estivesse ele *formalmente* ofendendo um princípio constitucional que, na realidade, sequer existe. Nesse ângulo muito específico de avaliação, é como se a decisão concessiva da remição dispusesse expressamente que seu dispositivo vigorará enquanto não verificada a hipótese de aplicação do art. 127 da LEP, com a qual implicitamente se integrou. E isso ocorre – repita-se – porque a coisa julgada em si é instituto da lei ordinária que, a seu respeito, pode dispor livremente.

Portanto, sem prejuízo de sua melhor inspiração, não há como acompanhar a linha de julgados agora em exame, já que a imodificabilidade da decisão concessiva da remição não tem – veja-se bem: *no plano puramente formal*! – qualquer império *supra legis*. Mas, a exemplo do que já vimos quanto às teses que gravitam em torno do tema do direito adquirido, também as decisões que se fundamentavam na autoridade da coisa julgada podem adiante serem preciosas, desde que, naturalmente, estejam inseridas em seu correto ambiente material.

• "O art. 127 da LEP é inconstitucional por violar direito adquirido por decisão judicial materialmente transitada em julgado que não pode ser revista pelo Juízo da execução, mesmo porque punição aplicada em procedimento disciplinar que não preservou a ampla defesa não há de importar perda de remição antes concedida, o que sequer tem como ser objeto de pedido revisional, já que desfavorável ao condenado" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 889.895/9, São Paulo; j. 19.10.1994, m. v., Rel. Walter Swensson; red.; 1.ª inst. 311.492).

• "A remição é um direito de uma pessoa condenada à pena privativa de liberdade e que a cumpre sob o regime prisional fechado ou semi-aberto. A pessoa condenada, para ter direito à remição, tem que trabalhar enquanto está cumprindo pena. O trabalho do presidiário é pago em pecúnia. A contraprestação do serviço prestado pelo presidiário, quanto está cumprindo pena privativa de liberdade, é um salário em pecúnia. A remição, em razão de dias trabalhados no presídio, não é uma contraprestação de serviços, mas sim uma forma pela qual o condenado resgata parte da pena que lhe foi imposta pelo cometimento de um crime. A remição é um direito do condenado. Este tem direito a remição de dias de sua

condenação desde que preencha as condições impostas pela LEP. O condenado tem que trabalhar e ser uma pessoa disciplinada para usufruir desse direito. A remição é um direito do condenado condicionado à satisfação de requisitos. Se o condenado não cumpre os requisitos exigidos, ele não pode usufruir desse direito. O condenado perde o direito à remição quando não satisfaz as condições exigidas pela lei. Há duas situações diferentes em relação à concessão e perda da remição. Na primeira situação, há o fato de o condenado estar trabalhando e, antes que os dias sejam considerados remidos por decisão judicial, cometer uma falta grave. Na segunda hipótese, há o fato de o condenado já ter tido seus dias trabalhados remidos por decisão judicial e cometer uma falta grave. A ausência de cometimento de falta grave pelo condenado é um dos requisitos a ser satisfeito pelo mesmo para que possa ter dias remidos. O art. 127 da LEP é claro a esse respeito. Esse artigo afirma que o cometimento de falta grave pelo condenado implica na perda do direito ao tempo remido. Ocorrendo a primeira hipótese, ou seja, o condenado comete falta grave antes de lhe ser concedida qualquer remição por estar trabalhando, nenhuma dúvida há quanto à perda dos dias que seriam remidos. O condenado, nessa hipótese, não possui, ainda, o reconhecimento de dias remidos por uma decisão judicial e não satisfez uma das condições para pedir o reconhecimento de seu direito de remição de dias de sua pena por ter trabalhado. Deparando com a segunda hipótese, ou seja, os dias remidos foram assim reconhecidos por uma decisão judicial transitada em julgado, indaga-se se o cometimento de uma falta grave, infração administrativa, tem o poder de retroagir, atingir uma decisão judicial transitada em julgado e determinar a perda dos dias remidos. Uma decisão judicial penal transitada em julgado faz coisa julgada e não pode mais ser discutida, a não ser em sede de revisão criminal, em favor do condenado. Em relação ao Estado, a coisa julgada penal não mais pode ser revista. Não existe revisão criminal em favor da sociedade, do Estado. A decisão que concede remição ao condenado reconhece que uma quantidade de dias da pena privativa de liberdade imposta restou resgatada. Ela reconhece que o Estado não pode mais exigir que o condenado cumpra uma determinada quantidade de dias de sua pena privativa de liberdade porque esses dias foram considerados como cumpridos por uma decisão judicial. A decisão judicial pode ser atacada antes de transitar em julgado. O MP pode se insurgir contra a decisão enquanto ela não transitar em julgado. Transitada em julgado, por ser uma decisão favorável ao condenado, ela não pode ser rescindida por nenhum tipo de recurso, de remédio jurídico. Se inexiste remédio jurídico para rescindir uma decisão que concedeu remição a um condenado, não há como admitir que uma infração administrativa tenha a força de retroagir e de agir como fator de rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado, a qual fez coisa julgada material e formal" (TACRIM-SP, 6.ª C.; HC 293.968/0, São Paulo; j. 21.08.96, v. u., Rel. Almeida Braga; red.).

- "Uma vez declarados remidos os dias, sem recurso ministerial, faltas posteriores a essa declaração não têm o condão de retroagir para afetá-la, pois é evidente que o art. 127 da LEP só se aplica aos dias trabalhados ainda não declarados remidos por decisão judicial. Entender o contrário seria, com grave lesão ao estatuto constitucional a respeito dessa importantíssima garantia individual, afrontar o direito adquirido do sentenciado, que trabalhou, manteve bom comportamento, obteve declaração judicial nesse sentido e, em razão de fato posterior, vê aquela declaração judicial tornar-se letra morta. Importa é que, no momento de ser decidido seu direito à remição, tinha ele atendido todos os requisitos legais e teve deferida sua pretensão, por decisão que transitou em julgado. Entender que uma decisão judicial transitada em julgado possa ser objeto de ação retroativa de falta grave é, *data venia*, levar a interpretação do art. 127 ao campo do absurdo, o qual se sabe inaceitável na hermenêutica jurídica séria" (TACRIM-SP, Ag. Exec. 1.025.197/2, São Paulo; j. 16.10.96, m. v., Rel. designado Ivan Marques; red.).

- "Tendo sido concedida a remição por decisão transitada em julgado, não pode o Juízo da execução dar por perdidos todos os dias remidos pelo trabalho ante a superveniência de prática de falta grave, com manifesta violação do princípio constitucional que considera intocáveis as decisões transitadas em julgado favoráveis aos réus condenados. É, pois, à luz de tal princípio que deve ser interpretado o art. 127 da LEP, devendo-se entender que tal

perda somente ocorrerá se a decisão concessiva da remição ainda não houver transitado em julgado, sendo impossível admitir-se a perda dos dias remidos em razão de falta grave cometida anos após esse trânsito em julgado" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 1.042.419/2, São Paulo; j. 26.02.97, v. u., Rel. Walter Swensson; red.).

28.2.4 Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP

Nota: ainda hoje a ciência da execução penal carece de uma compreensão mais global, a nível sistemático, da natureza do trabalho prisional. O próprio predicado de "laborterapia" não se encontra devidamente inserido em contornos firmes, antes servindo de recordação para posicionamentos enganados de uma época já superada da compreensão e do conhecimento do trabalho prisional. Já há muito está abandonada, porque ingênua e estéril, a ficção da pena enquanto processo propriamente terapêutico, asseptético, onde o condenado era visto como portador de alguma patologia sócio-anímica e o crime, em si, uma manifestação fenomenológica desse estado doentio, diante do que caberia à pena, em última análise, a extirpação terapêutica de uma enfermidade. Ora, evidentemente o trabalho não tem e não pode ter uma qualidade "terapêutica" como muitas vezes, tão precipitadamente, foi afirmado a voz corrente entre nós, assim como "terapêutica" não pode ser qualquer das instituições da execução penal, sob pena de infringência de todos os seus pressupostos lógicos, políticos, educativos e mesmo éticos. Mesmo porque, afinal, o crime, enquanto ocorrência histórica, em princípio nada tem de manifestação de estados patológicos da alma, categorias que ficam sempre reservadas, na coletânea das possibilidades, para as problemáticas hipóteses de inimputabilidade do agente. O crime foi uma opção de existência que se definiu em algum momento da vida do condenado e assim, como uma decisão adulta, imputável e consciente, deve sempre ser considerado e compreendido no universo da execução da pena.

Curiosamente, de todos os institutos da execução por certo o trabalho tem sido um dos que melhor serviu como reduto das concepções terapêuticas, mesmo quando estas se encontravam em completa retirada em todas as frentes. Investigar, ainda que por linhas rápidas, o porquê dessa arquitetura tardia, embora não integre nosso tema imediato, pode porém ser oportuno para que adentremos adequadamente em algumas concepções ainda reclamadas pela ciência da execução penal. Nesse contexto, não há como recusar que essa ambientação patogênica, tardia embora, serve por excelência ao propósito de domesticação do trabalho e, conseqüentemente, de enfermização do homem que trabalha, ensejando assim, entre parênteses, que se lhe proporcione uma espécie de "favor especial", qual seja a dieta do trabalho enquanto mera assistência à saúde da alma. Ao lado de muitas outras facilidades desse modo geradas na manipulação das rotinas da aplicação da pena e do trabalho prisional, sobretudo podemos frontalmente identificar aqui um capital decréscimo de cidadania (evidentemente, em sua acepção ampla): é óbvio que aquele que se hospitaliza, porque doente do "não-trabalho", não pertence mais à cidade. É de Hegel, segundo consta, a magnífica construção segundo a qual o Homem se universaliza pelo trabalho: por certo a ela não se filia esse curioso "trabalho-remédio", meramente posológico e, verdadeiramente, um "não-trabalho", oportunamente antitético e singularizante.

Antes, porém, o que se vislumbra por via dessa construção são fracassadas operações tópicas. A concepção da "laborterapia", não bastasse sua insustentabilidade absoluta, presta-se porém como ante-sala, nivelando o terreno do real para que do trabalho prisional seja, assim, subtraído seu antes irrecusável *status* constitucional. Afinal, porque meramente "laborterápico", o trabalho prisional não se confunde com o trabalho elevado desde há muito à dignidade constitucional, este sim humanamente universalizante e um dos mais magníficos pilares do Estado de Direito democrático e pluralista deste final de século. Daí porque desnecessário cogitar da qualidade constitucional do trabalho prisional que, por esses descaminhos, sequer trabalho (propriamente dito) pode ser considerado. Basta elencar-lhe uma meia dúzia de normas regulamentadoras, ao lado de outras tantas normas facilitadoras, que nosso instituto da "laborterapia" estará assim completo para constituir mais um dos sempre oportunos institutos *sui generis*, tão ao agrado de uma ciência do Direito dogmaticamente monástica e particularizante.

Obviamente, dizer que o trabalho prisional nada tem de "laborterápico" não o impede de se incluir nas concepções educativas da pena deste final de século: há, portanto, necessidade de bem compreender o mundo intelectivo com que nos deparamos. Necessário dominar com toda a clareza o que se pode entender por postura educativa do Estado e do próprio Direito na execução penal, sobretudo no que toca a uma atitude dialógica oferecida mas não imposta. Assim assentadas as coisas, sem maiores dificuldades poder-se-á vislumbrar que, se o trabalho prisional pode ser também educativo, isso ocorre não em razão de alguma sua particularidade intrínsica, mas sim porque tal qualidade não se recusa a todo e qualquer trabalho, inclusive ao trabalho extra-prisional como, de resto, não se recusa a qualquer experiência empreendedora da Vida. Não se trata – mais uma vez não se trata – de atribuição impositiva de uma qualidade educativa à experiência, mas sim – e mais uma uma vez – de uma disposição ofertada de sentido que, como aprioristicamente não se pode negar, em concreto pode ser aceita ou recusada pelo interlocutor em suas próprias proposições interativas. Reconhecer a qualidade educativa como uma das muitas possibilidades atributivas de sentido ao trabalho prisional é, sem dúvida, uma postura científica bem diferenciada daquela que afirma que o trabalho tem por natureza imanente essa mesma qualidade que, ademais, lhe pode afetar sua essência a ponto de convertê-lo em sua própria diferença (ou seja, em um não-trabalho). Afinal, quando se concebe a educação enquanto sentido meramente potencial da experiência, aponta-se sempre para a indissolúvel afetação pluralista que é seu traço mais exuberante e sem a qual, de imediato e por inteiro, perderia ela toda a justificação que lhe é legitimante.

Trata-se, nesse contexto, de reconhecer em todas as suas manifestações o *status dignitatis* do trabalho prisional que, como não poderia deixar de ser, nada tem de imanente que o diferencie do direito do trabalho como um todo. Na medida em que nos referimos a uma qualidade educativa potencial da experiência-trabalho, seria altamente disfuncional voltar ao ponto de partida para, então, reduzi-lo a um não-direito, reinventando-o como mero adorno cosmético do cumprimento da pena ou, como queiram, como mais uma das amorfas categorias *sui generis* da ciência da execução da pena. O compromisso educativo pluralista que contamina a postura do Direito da execução exige ininterrupta vigília: seu conteúdo material proclama sejam de antemão elencadas opções valorativas de existência que, assim, ficam expostas como e enquanto proposituras interativas. Ou, mais simplesmente: por compromisso educacional da execução penal deve-se compreender a exposição de outras opções de Vida e de valores talvez simplesmente desconhecidas por um processo histórico individual porventura mais constrito e simplório. E tudo porque toda e qualquer concepção de existência – inclusive o crime, naturalmente – apenas pode ser elaborada, enriquecida e respeitada na confrontação com outras opções que lhe estejam em relação problemática (e até certo ponto corajosa) de contrariedade e de adversidade.

Diante de todo esse arcabouço, nosso tema assume tons inequivocamente mais radiantes e materiais. Demonstrado está que o trabalho prisional, bem ao contrário do que tão precipitadamente se acena, para que tenha alguma vocação propriamente educativa pressupõe, antes de repelir, sua mais eloqüente dignificação jurídica. Pode-se mesmo antever, desde logo, que o trabalho prisional atinge assim uma relevância insubstituível no universo da execução penal sendo, em muitos casos, um caro caminho de libertação. E tudo o que se disse foi ainda abreviando (embora certamente não esquecendo) a significação educativa que uma tal concepção do trabalho pode ainda ter para comunidades como as nossas que, na prática de sua alternância, primam por se mostrarem sempre tão prolixas em obrigações quanto avaras em direitos: quiçá um dia esbarrássemos todos, em qualquer esquina de nossa garimpagem, com uma nova e qualquer conotação preventiva geral, agora sim, e mais do que nunca, com caráter francamente positivo.

Nesse ambiente propositivo, a primeira e mais importante premissa impõe que o trabalho prisional seja, portanto, um autêntico direito subjetivo do homem que está preso. Curiosamente, a mais imediata vertente dessa primeira premissa é aquela mais omitida em toda parte: se de um direito subjetivo estamos falando, então é cristalino que o trabalho prisional, à revelia mesmo da má técnica do legislador ordinário (aliás, manifestada em mais de uma passagem), não pode ser em si mesmo o objeto

de uma obrigação ou de um dever em sentido estrito, que tenha validade *por si*. Tal subversão é inadmissível em nosso texto constitucional que, em letras mais do que suficientemente claras, assegura que o trabalho é um direito social e que, portanto, não pode ser objeto de uma obrigação *stricto sensu*. Para não nos repetirmos, remetemos à demonstração desse equacionamento que já fizemos em outra parte, tempos antes, quando nos deparávamos com tema que, embora diverso, aqui não deixa de ser também convergente (*RBCCrim 4/246*). De específico, cabe-nos porém investigar os fundamentos da inexigibilidade penal *em si* do trabalho prisional, tema da maior relevância exatamente em razão do inaceitável, preconceituoso e omisso silêncio a que foi sempre relegado por toda a cultura da execução penal, embora, ao menos particularmente no direito europeu, a discussão esteja cada vez mais acesa.

Seria sequer imaginável um trabalho prisional enquanto dever *em-si*, abstraída toda e qualquer voluntariedade de seu exercício? E, admitindo-se imaginável, teria tal trabalho algum sentido minimamente condizente com sua própria significação? Já não há espaço para duvidar que um tal trabalho, enquanto puro e simples dever, seria uma autêntica insensatez para todos que com ele se envolvessem; uma contradição inaceitável por qualquer ângulo e um desperdício de existências e de esforços; um ímprobo dispêndio econômico para a própria comunidade que se prestasse a conservá-lo; uma manipulação enganosa das aparências. Longe não estaria o momento em que se recordasse que novamente é nosso texto constitucional que, de sua maior altura, proíbe expressamente a pena de trabalhos forçados, esteja ou não ela disfarçada com os frágeis argumentos de sua inspiração "laborterápica"; esteja ou não ela implícita sob a vestimenta de efeitos acessórios da condenação penal. Pode-se manter um homem algemado a uma mesa de montagem de prendedores de roupas, mas não há, uma vez pressuposto esse trabalho enquanto práxis libertária, como impor-lhe a vontade de montá-los com ânimo, disposição e inteligência. Uma tal instituição assim distorcida apenas poderia servir de lenha para o consumismo populista das concepções meramente retributivas da pena privativa de liberdade, enganando aqueles que sempre insistem em permanecer no seu engano e aqueles todos que, enfim, pretendem atingir a salvação como se ela os pudesse socorrer pelo tão só título da ingenuidade. É claro que esses são os que nunca faltam, mas também são aqueles que jamais compreendem coisa alguma que esteja a mais de um palmo de seus olhos.

Nessa acepção específica, pois, podemos dizer que o trabalho, enquanto dever *em-si*, é absolutamente inimaginável e grotesco, incompatível com a inspiração da pena privativa de liberdade no direito penal moderno que, de sua parte, reclama em alto som o trabalho-direito como uma das maiores e das mais enriquecedoras instituições do Direito da execução penal. E, por trabalho-direito, é imprescindível que se assine toda a sua completude jurídica, pois que se engrandece a cada atributo que lhe possa ser implementado. Nesse sentido, embora ainda preso a tensões que lhe são peculiares, o Direito do Trabalho e a jurisprudência que o conhece ameaçam já inundar-se por uma nova visão da mesma temática, não sendo poucos os estudos que desenham se lançar sobre o trabalho penitenciário e sua dignificação jurídica. Necessário, pois, excursionar sobre suas contribuições.

É certo que o primeiro, e quiçá mais persistente, obstáculo que se carrega a esse advento reside na questão da contratualidade estrita que rege o Direito do Trabalho e as relações dele decorrentes. Todavia, não é absolutamente desconhecido na Justiça do Trabalho o chamado trabalho-realidade que, no que nos importa, de modo algum se mostra imerecido de proteção mesmo quando não decorrente de uma relação propriamente contratual havida no seio de um acordo celebrado de vontades entre as partes. Assim, por exemplo, estende-se a proteção mesmo às relações de trabalho instauradas com adolescentes e crianças com menos de 14 anos de idade, relações estas em princípio não admitidas pela ordem constitucional: ora, aqui o que se afetou, e a realidade disso não se distancia, foi exatamente a capacidade de contratação, sem que tal venha a excluir a tutela e a dignificação correspondente da atividade. Da mesma forma, e com a mesma lógica, não se recusa a proteção da Justiça do Trabalho àquelas hipóteses onde, no nascimento da relação laborial, inexistiu propriamente um contrato de trabalho legítimo, como aliás tantas vezes ocorre no meio de comunidades rurais mais atrasadas

que ainda trazem em sua cultura práticas de traços escravagistas. Em todos esses casos, o que se afirma é a existência de um trabalho real, com todos os contornos de uma relação econômica permanente que, assim, não pode e não deve permanecer à parte de sua proteção jurídica.

A rigor, o Direito do Trabalho é uma disciplina que se orienta com regras próprias, marcada por inequívoca autonomia, hoje já não mais podendo ser confundida como um mero complemento dos princípios do direito privado. Eis aí o ponto-chave de toda essa problemática, pois normalmente o que se requer – um contrato de trabalho – na verdade tem uma acepção muito peculiar que, aliás, pode comportar situações fáticas bem diferenciadas, onde o elemento dispositivo está implícito na própria relação jurídica e, eventualmente, não se caracterizou em um momento histórico específico. Essa é a leitura quase sempre esquecida por aqueles que levantam a ausência de um contrato de trabalho como maior impedimento ao reconhecimento da dignidade própria do trabalho prisional, esquecendo-se, todavia, que o próprio Direito do Trabalho oferece, há muito, um repertório próprio para comportar também esse tipo de trabalho-realidade.

Outro obstáculo que pode ser invocado ao reconhecimento da relação trabalhista quanto ao trabalho prisional diz respeito à dificuldade em se admitir o vínculo entre o Estado-empregador e o preso. Como é sabido, para a contratação de força de trabalho em tese é imprescindível a submissão a procedimento específico de concurso público. Todavia, também aqui a moderna jurisprudência da Justiça do Trabalho vem insistentemente admitindo que, à vista do fato dessa relação, não há como deixar ao desamparo jurídico realidades que se instauraram por vias anômalas, mesmo quando a entidade pública furtou-se aos procedimentos de contratação que lhe eram imperativos.

Por outro lado, também não se há de esquecer que a doutrina trabalhista mais atualizada vem já há tempos admitindo a existência de relações trabalhistas inequívocas entre o trabalhador presidiário e a iniciativa privada que, desse modo, não pode socorrer-se da mão-de-obra prisional sem que se sujeite, ao mesmo tempo, a todos os encargos trabalhistas que lhe são inerentes. Visualiza-se, nessas práticas, preocupantes possibilidades da empresa privada furtar-se a seus deveres para com o trabalhador-preso, logrando mesmo atingir facilidades que lhe ensejem uma concorrência desleal no mercado produtivo e na sua atividade econômica, além de uma imunidade especial contra reivindicações dos trabalhadores comuns. Trata-se, como visto, de toda uma séria de conseqüências e de toda uma séria de problemas surgidos com a realidade do trabalho prisional, reclamando melhor regulamentação específica e mais vigilante atuação jurisdicional da Justiça do Trabalho que, de sua parte, não vem se recusando a esse enfrentamento. Nesse sentido, há ainda notícias bastante interessantes, embora ainda tímidas, da maior preocupação do Poder Executivo e mesmo do Poder Legislativo para com a melhor regulamentação do trabalho prisional no Estado de São Paulo, sempre com vistas a sua exata dignificação trabalhista, debate este que, ao que consta, já tem aliás muitas décadas.

Evidentemente, as discussões propriamente internas dessa realidade jurídica emergente não nos dizem respeito mais imediato, mesmo porque cabem elas à competência da Justiça que lhes é especializada. A seu respeito não há dúvidas de que todos teremos, nos próximos tempos e desde já, uma avalanche sempre crescente de notícias cada vez mais afirmativas quanto ao reconhecimento das relações trabalhistas face à atividade laborial do presidiário. Não se há de esquecer que, quanto ao trabalho prisional, também o direito acidentário passou por hesitações para acabar por contemplar a realidade que reclamava sua atuação. Para nossa presente reflexão, basta a evidência de que, à vista do trabalho prisional, estamos sem dúvida diante de relações trabalhistas propriamente ditas que, embora talvez guardada uma ou outra especificação peculiar, não se furta a um enquadramento jurídico mais globalizante, antes mesmo invocando-o rispidamente. E não haveria como ser diferente pois, na medida em que a ciência criminal bem fixar que o trabalho prisional é um direito e não um dever (afirmação esta que, agora sim, bem nos compete), abertas estarão todas as portas para a entrada da afirmação contratual do trabalho prisional, com todas as suas conseqüências e efeitos daí decorrentes, e tudo em derivação de que o preso, para exercitar seu direito de mão-de-obra, pode dele dispor livremente em face de outrem, sejam empresas privadas, seja mesmo o Estado-empregador. O que afinal se reclama, como

operação legislativa exata, é uma construção que assimile tal disposição do trabalhador-presidiário ao contratualismo próprio do Direito do Trabalho, regulamentando assim as relações recíprocas de direitos e deveres dentro de uma acepção privada, inclusive, como também não poderia deixar de ser, no que toca às obrigações contratuais do preso-empregado quanto a sua conduta trabalhista e, até mesmo, com a possibilidade da despedida por justa-causa, da aplicação de advertências, do desconto por faltas injustificadas e de outros institutos similares.

Por certo esse enquadramento não se perde com a recordação de que a LEP impede expressamente qualquer recurso à legislação trabalhista específica.

Se o fez, em primeiro lugar atentou contra sua própria inspiração, já que os estudos preparatórios do Ministério da Justiça reclamavam incisivamente a necessidade de *organizar o trabalho penitenciário de forma tão aproximada quanto possível do trabalho na sociedade* como vemos, aliás, nas conclusões da CPI anteriormente formada no Congresso Nacional para apuração da situação penitenciária no Brasil, desaguando na formulação de novas perspectivas legislativas, estudo este que pode ser reconhecido como um dos momentos conceptivos mais importantes da legislação hoje vigente (Lei 7.210/84). A timidez que se seguiu na LEP, sob a justificativa de que um tratamento trabalhista mais amplo poderia inviabilizar o trabalho penitenciário, quiçá encontra alguma ressonância em outros tristes momentos históricos da vida brasileira como, por exemplo, lemos nos anais da questão abolicionista que se abateu na inteligência brasileira a partir de meados do século XIX, recusando-se aos negros direitos inalienáveis a título de um pseudo protecionismo que se dizia paternal.

Em segundo lugar, sequer há como discutir que a norma de exclusão da LEP ainda que, porventura, guardasse alguma eficácia em face da norma (ordinária) CLT, certamente não a teria de qualquer modo em face da própria CF e do tratamento que esta dispensa ao trabalho humano. Diante de todo o repertório que até aqui acumulamos, não vemos nenhuma hipótese remanescente que possa retirar do trabalho prisional sua categoria constitucional como um todo, diante do que a exclusão da LEP não teria como remanescer sequer a título ornamental.

Importante também recordar que essa orientação de integração do trabalho prisional ao Direito do Trabalho em geral se insere, igualmente, nas mais modernas tendências internacionais.

E aqui chegamos, portanto e finalmente, ao centro de nosso tema. Podemos agora facilmente compreender que também o trabalho prisional tem o *status* do Direito Constitucional do Trabalho, nutrindo-se de todas as conseqüências lógicas dele decorrentes. Por certo que não nos interessa imediatamente as implicações especificamente jurisdicionais da relação de trabalho prisional, as quais devem ficar reservadas para a Justiça competente para seu conhecimento. Mas o que a fundo nos interessa é trazer também para o trabalho prisional os princípios maiores que regem o Direito do Trabalho Constitucional, perante os quais perceberemos, novamente sem muito esforço, a insubsistência da norma do art. 127 da LEP.

Não seria demasiado recordar que a ciência do Direito deste final de século por certo será sempre louvada por inserir-se no novo contexto do constitucionalismo moderno. Esse fenômeno, sem dúvida, prima-se por buscar um enfoque constitucional de cunho material, opondo-se assim ao constitucionalismo anterior cuja bagagem era puramente formal e reduzida, muitas vezes, a uma operatividade de meras competências desvestida de maiores compromissos. Diante desse novo enfoque, interessa sobretudo a procura dos princípios constitucionais, ou seja, o recurso a *normas de valor* que, a partir do texto constitucional, direcionam o sentido material de todo o ordenamento jurídico que, sem elas, permaneceria disforme e disfuncional. Os princípios, portanto, são compromissos axiológicos aglutinadores de sentido que servem à filtragem das regras que, porventura neles desamparadas, mostram-se deslegitimizadas para permanecerem no sistema jurídico. Nesse contexto, pode-se dizer que os princípios são os fundamentos legitimadores de um dado ordenamento constitucional, não sendo demasiado invocá-los, para empregar um antiga terminologia que se pode recordar apenas didaticamente, como uma espécie de *grundnorm* material à qual mesmo as próprias regras normativas constitucionais devem estar referidas.

Eventualmente, alguns princípios constitucionais podem estar literalmente previstos no

próprio texto constitucional: esses são os princípios explícitos. Outros, quiçá mais numerosos, necessitam ser extraídos do exame das regras constitucionais, das quais decorrem implicitamente e, no caso da CF brasileira de 1988, sua incidência no sistema está francamente prevista. Neste último caso, cabe aos operadores do Direito, notadamente a nível doutrinário e jurisprudencial, sua extração a partir das regras constitucionais que foram objeto de tutela expressa pelo constituinte nacional. Daí porque dizer então que os princípios constitucionais são normas de textura aberta, globalizante, dialógica e problemática.

Particularmente no que nos interessa, necessária então a atividade extrativista dos dois maiores princípios que regem o Direito Constitucional do Trabalho, após o que certamente não poderá mais subsistir o art. 127 da LEP, e tudo como, aliás, compete ao Juízo da execução reconhecer. Infelizmente, o atual estágio da ciência do Direito do Trabalho, particularmente no Brasil, não avançou como seria necessário na extração desses princípios, às vezes incorrendo mesmo no defeito de não atentar para sua natureza especial e, não raramente, acaba ela confundindo no texto constitucional princípios gerais normativos com (simples) regras específicas, embora seja de conceder que muitas vezes nem o próprio constituinte de 1988 soube guiar-se por essa distinção ontológica que, de resto, se lhe haveria de exigir como pressuposta.

Uma visão rápida das normas que regem o Direito Constitucional do Trabalho é suficiente para que vislumbremos, de antemão, seus dois mais fundamentantes princípios.

De fato, no elencos dos direitos trabalhistas do art. 7.º da CF encontramos alguns que são cristalinos na exemplificação de um desses dois valores básicos que nortearam o constituinte brasileiro de 1988. De todo esse elenco de direitos dos trabalhadores, especificados sem prejuízo *de outros que visem à melhoria de sua condicão social*, como bem proclama o *caput* desse art. 7.º da CF, não é difícil extrair o primeiro valor básico que norteou o constituinte de 1988 e que, portanto, constitui um dos seus mais fundamentantes princípios: vemos aqui, sem maior esforço, que o constituinte se deixou nortear, como fonte axiológica de sua inspiração, pelo princípio da continuidade nas relações trabalhistas, tanto ao proteger essa própria relação contra sua interrupção abrupta quanto, simultaneamente, ao garantir essa relação contra modificações nela intercorrentes e, até mesmo, ao garantir ao trabalhador sua subsistência mesmo quando não tem ele, por razões que não lhe podem ser imputadas, como continuar a prestar sua mão-de-obra. Há um objetivo de permanência que é inerente à quase totalidade das regras desse art. 7.º, objetivo este que se exterioriza no referido princípio da continuidade das relações trabalhistas, o qual, por sua vez, se manifesta em todo um diversificado elenco de normas sociais mínimas protetivas do trabalho. Enfim, para o constituinte de 1988 a relação de trabalho é uma relação que se fundamenta e se materializa na segurança enquanto uma das inspirações máximas do Direito Constitucional do Trabalho e, por conseqüência, inaugura ela postulados basilares da ciência que o conhece. É, assim, a partir desse princípio maior e informativo que a ciência do Direito Constitucional do Trabalho pode extrair outros princípios constitucionais que lhe são decorrentes: um exame rápido dos princípios constitucionais elencados nos livros e repertórios doutrinários não deixa qualquer dúvida de que todos, rigorosamente todos, estão referidos a esse princípio maior de continuidade ou permanência que lhes sopra vitalidade.

Nesse quadro, prescinde de maior demonstração que a perda de dias remidos, tal como ensejada pelo art. 127 da LEP, ofende seriamente a continuidade da relação de trabalho prisional e, portanto, ofende esse princípio maior que pode ser facilmente extraído do Direito Constitucional do Trabalho. Na medida em que o trabalhor presta serviço também para obter, do Estado, a remição de parte de sua pena privativa de liberdade, a persistência dessa remição tão somente em referência a uma hipotética falta disciplinar futura e incerta, que lhe serve de condição resolutiva, seria um ofensa lógica à segurança do trabalho que se presta. Especificamente para o trabalho prisional, a permanência da remição tem um sentido, uma necessidade e uma imperiosidade tão gritantes como teria, para o trabalhador em geral, a norma da irredutibiliade do salário. Na verdade, a experiência com o tema prisional nos leva a arriscar mesmo que, para o trabalhador preso, a "irredutibilidade" da remição é ainda maior do que, para o trabalhador comum,

representa a norma da irredutibilidade do salário. Aquela é, na cogitação do presidiário, sua retribuição mais representativa, mais valorosa e mais cara do que a própria remuneração monetária (salário). Já vimos, em nosso cotidiano, diversos casos de presidiários que trabalhavam "sem pecúlio" (o que, em sua linguagem, significa trabalho puramente gratuito), reconhecendo a Administração do estabelecimento que, nesses casos, os presos continuavam trabalhando normalmente apenas com vistas a obterem a remição de parte de suas penas por atenção da Justiça penal. No que é realmente substancial, vemos assim que a perda da remição antes obtida, ou mesmo de sua expectativa por serviço já prestado e ainda não apresentado à apreciação jurisdicional, representa mais do que representaria, para o trabalhador comum, a redução de parcela principal de seu salário ou, pior ainda, a perda pura e simples de todos os bens e benefícios por ele adquiridos com o produto de seu trabalho. Ora, se isso seria uma ignomínia inadmissível quanto ao trabalhador comum, muito menos há porque subscrever igual efeito quanto ao trabalhador preso, já que aqui a remição consiste em sua mais importante retribuição pelo serviço duramente prestado. Por certo, desde que abaixadas as armas, nenhuma sociedade que se pretende politicamente organizada poderia conviver com tamanha selvageria, assim como, desde que abaixadas as armas, nenhum juiz de direito poderia continuar admitindo tamanho percalço a sua consciência do Justo.

Mas falamos antes em dois princípios basilares. Já vimos o primeiro deles, qual seja o da segurança ou permanência da relação de trabalho que, em sua plena significação axiológica, impõe a irredutibilidade da remição ou da expectativa da remição pelo trabalho já efetivamente prestado. Reservamos para o final, todavia, aquele que nos parece ser o princípio constitucional mais exuberante e mais cabal e que, à diferença do anterior, foi discursado expressamente, em alto som, pelo constituinte de 1988.

Como é sabido, nosso magnífico texto constitucional (que a comunidade legislativa recepcionou com a *Constituição cidadã*) é inaugurado com a expressão do rol de seus "princípios fundamentais". Como tal, encontramos a inclusão de alguns princípios literalmente assumidos como os maiores fundamentos do Estado Democrático de Direito e sem os quais, portanto, não podemos sequer falar de Estado, de Democracia e, muito menos, de Direito. Logo, estamos diante de princípios que, no plano jurídico, antecedem à própria composição da sociedade política e tudo o mais que dela decorre, antecedendo inclusive a autoridade de suas instituições executivas, legislativas e judiciárias. Em assim sendo, o desrespeito aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito previstos nos arts. 1.º a 4.º da CF assegura, em contrapartida, até mesmo o exercício do chamado *direito de resistência* que, sabidamente, não é desconhecido do constitucionalismo comparado e tem uma de suas máximas expressões históricas no constitucionalismo norte-americano. Em suma, no Brasil que renasceu em 1988 os Poderes da República apenas atingem tal qualidade quando e na medida em que seu exercício estiver referido a esses princípios fundamentais que, no plano lógico-jurídico, lhes servem como tábua estrita de sua competência material: sua inobservância, seu desrespeito e até mesmo seu esquecimento abrem para a comunidade o *direito* de resistir à autoridade e o compromisso jurídico de sua deposição imediata e legítima. Mais, por certo, não se faz necessário acrescentar ou advertir.

Ora, na medida em que temos um instituto na lei ordinária que ofende, sem qualquer amenidade e como retro já demonstramos fartamente, a dignidade do trabalhador preso e a sua cidadania em sentido lato já podemos, de antemão, perceber que estamos diante de ofensas inescondíveis a logo dois dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Mas não só, por certo. A possibilidade legal ordinária de perda da remição ataca sobretudo os valores sociais do trabalho, na medida em que o despreza em nome (tão-só podemos dizer) de uma disciplina puramente administrativa, operando, em sua aritmética perversa, uma desvalorização social do trabalho que arduamente se prestou ao longo de largo tempo; desincentivando a continuidade dessa prestação no meio prisional como um todo; e deixando, por último, sem resposta o questionamento do porquê, então, persistir no exercício desse trabalho que, por tão pouco, pode ser assim tão facilmente reduzido a um imenso e formidável nada. Trata-se, portanto, de um grave atentado ao princípio basilar de um ordem jurídica que se assenta na dignificação do trabalho como um autêntico valor social.

Ao mesmo tempo em que determina a constituição da ordem jurídica com base no trabalho enquanto valor social, nossa CF expurga do sistema normativo, para jamais retornar, institutos cujo único cometimento axiológico efetivo é o de desvalorizar a atividade trabalhista, tal como, especificamente, o art. 127 da LEP.

Uma vez perdida, como acreditamos, a inocência que nos assegurava o compadecimento de nossa ignorância, já não resta mais espaço para a sobrevivência da disposição normativa do art. 127 da LEP. E acrescente-se ainda: em toda a sua extensão. E tudo, afinal, sob pena de "*jurisdesdicção*", com a conseqüente subversão da ordem jurídica vigente que, assim, estaria agredida pelo próprio Poder constituído – expressa e mesmo exclusivamente – para sua constante vigilância integradora.

O advento de um novo direito no plano histórico-cultural de um povo é sempre, para recordar um termo especialmente caro para o classicismo, uma experiência *maiêutica*. A evocação da idéia de parto, da dor do que nasce, certamente não nos será uma lembrança gratuita, já acostumados que estamos a assistir, ao longo dos séculos, o nascimento de tantos direitos. A princípio todos surpreendentes, alguns ditos até escandalosos. Mas, passado não mais que um punhado de tempo, a eles todos nos acostumamos. E então, tal como aqueles que nos antecederam um dia nos olharam, jogamos nossos olhos nessas jovens criaturas e nos perguntamos, em sussurros, como podíamos antes sequer conceber o mundo sem elas; como podíamos, insensíveis, esboçar sua recusa.

9. RESENHAS

"L'AZIONE PENALE TRA DIRITTO E POLITICA"

POR MARIO CHIAVARIO – CEDAM, PADOVA,

As preocupações quanto ao fundamento e exercício do direito de ação deixaram – ao menos no cenário brasileiro – de frequentar a agenda dos processualistas há mais de vinte e cinco anos. Enquanto esforço teórico para a construção de um pensamento processual, as palavras de Mesquita e Grinover no início da década de setenta foram um marco ainda não superado, mormente quando se tem em conta a filiação concretista do primeiro autor – uma heterodoxia para a época – e a linha processual-constitucionalista da segunda.

Com efeito, "Da Ação Civil" (Ed. RT, SP, 1.975, de há muito esgotada) perfilou um caminho teórico posteriormente abandonado pela doutrina processual civil, que acabou se preocupando muito mais com a idéia de jurisdição (Dinamarco, Cândido, "A Instrumentalidade do Processo". SP, 1987) e temas engajados com uma visão do processo enquanto fenômeno de massa (na lição de Kazuo Watanabe e, em certo sentido, Barbosa Moreira). Por seu turno, a investigação do processo-constitucional teve frutos imensos ao longo das últimas duas décadas, mas não atentou especificamente para o problema do direito de ação.

Por esta razão a leitura da obra de Chiavario se mostra importante, na medida em que se converte num acesso a um temário quase que completamente abandonado pela doutrina nacional que desacostumou-se a entender o complexo teórico em que se reveste o direito de ação e, sobretudo, sua exata função dentro da genericamente chamada tutela estatal.

Verdade é que de ponto de vista da filosofia do direito e do processo Chiavario poderia ter ido mais fundo. No entanto sua análise dos mecanismos de controle da não propositura da ação penal e um reexame do decantado princípio da obrigatoriedade tornam o texto de consulta obrigatória para aqueles que desejam sair de uma visão "manualesca" da matéria para enfrentar um raciocínio crítico do assunto.

Dentre tantos pontos pode-se aleatoriamente destacar um: o do limite da retirada de ações do contexto "público" e sua migração para o "privado", uma tendência sentida num cenário político globalizado em valores que, via de regra, passam por uma supremacia do indivíduo em face do social. Embora pudesse ter explorado mais o tema, o simples aceno para com sua existência já é salutar e também por este aspecto a leitura é recomendada.

Uma vez acessível, resta aguardar que tenha algum eco a retomada desta linha investigativa, sobretudo num cenário téorico como o nosso, seduzido pelo canto mitológico dos "consensos" e "transações" na esfera processual penal, onde temas substanciais parecem completamente fora de moda.

Fauzi Hassan Choukr, ago/97

9. RESENHAS

DOGMÁTICA JURÍDICA – ESCORÇO DE SUA CONFIGURAÇÃO E IDENTIDADE.

ANDRADE, VERA REGINA PEREIRA DE. PORTO ALEGRE: LIVRARIA DO ADVOGADO, 1996.

1. A obra e sua apresentação: algumas singelas palavras

Revisitar conceitos e explorar atentamente um contingente de dogmas arraigados ao longo da consolidação da cultura jurídica, para, a partir de sua análise crítica, viabilizar consciente reflexão que passa, indeclinavelmente, pela investigação dos pressupostos que determinam a configuração e identidade da *dogmática jurídica.* Desenvolver tal raciocínio sem perder de vista o estudo das heranças – jurisprudencial, exegética e sistemática – que marcam o paradigma dogmático de ciência jurídica e, finalmente, analisar o papel desempenhado pelo positivismo que, pretendendo servir como matriz epistemológica do paradigma dogmático de ciência jurídica, representou a busca da existência de uma maneira científica de proceder, fora da qual aquela não haveria.

Urge, pois, trilhar este instigante caminho, repleto de armadilhas e pouco conhecidos atalhos, que foi destemida e brilhantemente desbravado pela Doutora Vera Regina Pereira de Andrade, Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, ao longo dos estudos que tem desenvolvido – conhecida que é sua expressiva atuação nos meios acadêmico e jurídico de todo o país – em especial por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento, parte dela retratada na obra *Dogmática Jurídica – Escorço de Sua Configuração e Identidade*, lançada pela Editora Livraria do Advogado.

Para tanto, há que se fazer uma leitura não apenas atenta, como isenta e desacorrentada dos grilhões a que nos forjam as idéias pré-concebidas como certas, independentemente de seu conteúdo. Noutras palavras, há que se permitir, por prévio, a discussão dos dogmas e, com eles, da dogmática propriamente dita, bem como da tarefa e funções para as quais efetivamente se presta. Aliás, com muita propriedade, assinalou Luiza Helena Moll ao prefaciar a obra, que muito se fala, quase que corriqueiramente, nos bastidores jurídicos, em *dogmática jurídica,* sendo que, contudo, pouco se sabe acerca dela "(...) quando se tem em vista responder a indagações centrais sobre as condições de possibilidade (a historicidade, a ideologia, a generalidade em nome da abstração) de produção do conhecimento do Direito enquanto *ciência jurídica.*"

Todavia, esta lacuna explícita na literatura jurídica não poderia prevalecer, notadamente quando as novas discussões sociológicas anunciam as preocupações que se alinhavam no limiar do terceiro milênio, as quais requerem o mínimo instrumental epistemológico capaz de nos escudar em face do inevitável estilhaçamento de dogmas e conse-

quente revisão de conceitos, muitos deles havidos incondicionalmente como incontestáveis, inobstante a verdade em que os mesmos supostamente se fundam nunca tenha sido questionada pelos que os aplicam, quer seja em trabalhos acadêmicos, em petições e contestações, em pareceres ministeriais, em sentenças ou acórdãos.

Uma breve ilação extraída da obra *Dogmática Jurídica – Escorço de Sua Configuração e Identidade* é suficiente para retratar o senso crítico que permeia toda a reflexão atenta e lucidamente desenvolvida, a saber: "*Partindo assim da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador (material normativo) e reconhendo-as individualmente na construção sistemática do Direito, a Dogmática Jurídica conserva e desenvolve um sistema de conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade (certeza) possível das decisões judiciais e, consequentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garante essencialmente a segurança jurídica. Trata-se de programar, orientar, pautar ou preparar as decisões judiciais e, nesta mesma orientação, racionalizá-las para a gestação da segurança jurídica; o que significa não apenas possibilitar as condições para a decidibilidade, mas para decisões judiciais calculáveis, equitativas e seguras.*" (p. 79)

Resta questionar, todavia, se preocupar-se-á, a dogmática jurídica, em proteger com efetividade os bens e interesses de todos, indistintamente. Inclusive daquele que, tal qual uma aranha pequena, não conseguiu desvencilhar-se da rede confeccionada por seus próprios *pares?* Terá o menino de rua, oprimido em seu anonimato, alimentadas suas esperanças pela tranquila certeza de que um dos objetivos fundamentais da República em que vive é *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*? Até quando prevalecerá a máxima de que a desigualdade das circunstâncias explica a diversidade das decisões, servindo tal critério de pseudo-igualdade para justificar a apropriação da versão da dogmática que mais convenha aos interesses da minoria dominante?

A tais indagações, por absoluto, não pretende a obra responder. Pretende, isto sim, oferecer subsídios à *reflexão,* que por sua vez dará lugar a *crítica,* a qual, por ser incompatível com a alienação, quiçá dê lugar até mesmo a *ruptura.*

2. A obra e o itinerário de seu raciocínio: algumas preciosas pistas

Após breve e percuciente introdução ao tema, objeto da investigação, a autora, Prof.ª Dr.ª Vera Regina Pereira de ANDRADE, inaugura seu raciocínio privilegiando a abordagem das heranças que marcam o paradigma dogmático de ciência jurídica, quais sejam, a jurisprudencial (romana), a exegética (medieval) e a sistemática (moderna).

A primeira, também denominada *jurisprudentia*, caracterizava-se por um modo peculiar de pensar os problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, apropriando-se, para tanto, de fórmulas doutrinárias genéricas, com o que o Direito assume muito mais o perfil de um programa decisório do que, propriamente, de luta entre o bem e o mal. A segunda herança, da idade medieval, proveniente da tradição exegética, introduz no pensamento jurídico a característica da dogmaticidade, o que faz sem extinguir o pensamento prudencial romano. Ao redefiní-lo, dá lugar a uma combinação entre prudência e dogmática, gerando a conclusão de que "a prudência se faz

dogmática"(p. 33). Com o jusnaturalismo racionalista da era moderna, vem a lume a terceira grande herança que irá marcar o paradigma dogmático, cujo fio condutor interligará o pensamento jurídico ao sistemático. Assim, a crença nos textos romanos foi substituída pela crença nos princípios da razão que passam a ser apreciados de modo a viabilizar sua aplicação sistemática.

Tais heranças, segundo tese demonstrada ao longo do Capítulo 2, converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica que hoje se nos apresenta.

Adiante, no Capítulo 3, o positivismo é colocado em foco para onde convergem importantes reflexões em torno do princípio do cientificismo que lhe serve de pedra angular, sendo então explicitados os elementos que revelam seu caráter de matriz epistemológica do paradigma dogmático da Ciência Jurídica.

Tomando-se em conta que este paradigma guarda essencial vinculação com uma determinada estrutura histórica, é possível compreender porque a recepção da concepção positivista de ciência pela Escola Histórica fez-se marcar na elaboração do modelo da Dogmática, no seio da qual são abrigadas, além da idéia de *história,* a de *sistema.* A partir disso se consolida então a concepção de que *interpretar é reconstruir o pensamento contido na lei.*

Na continuidade, a Dogmática Jurídica passa a contar com estudo que investiga tanto seu objeto e tarefa, como também o papel que desempenha enquanto ciência prática, sem prejuízo de sua natureza teórica e descritiva.

Assim, com o deslocamento do objeto do saber jurídico da razão para a história e com o redimensionamento de sua tarefa metódica que passa a centrar-se na construção jurídica, impõe-se o estudo do processo de redefinição a que são submetidas as heranças outrora citadas, bem como dos respectivos reflexos então oriundos – que é feito adiante com muita propriedade.

Em seu Capítulo 4, ocupa-se dos efeitos que derivam da recepção do positivismo jurídico pelo paradigma dogmático de ciência jurídica. Ímpar abordagem é desenvolvida em torno da caracterização do positivismo, quer seja como uma *forma de aproximação ao estudo do Direito,* onde delimita a esfera do Direito enquanto objeto da Ciência Jurídica; como *teoria,* vinculando o fenômeno jurídico ao Estado que assume o monopólio da produção do Direito e do seu asseguramento coativo; ou, ainda, como *ideologia,* prisma sob o qual decorre a identificação do Direito estatal com o Direito justo que, por sua vez, repercute na identificação da Justiça com a justiça legal. Consta, ainda, indispensável questionamento sobre o significado do dogmatismo na Ciência Jurídica.

Por fim, preocupa-se a obra, no Capítulo 5, com o sentido da Dogmática Jurídica como *ciência prática* reveladora de uma identidade funcional própria da racionalização e estabilização e, no capítulo subsequente, com a matriz política configurada no âmbito do Estado moderno, sem olvidar ainda breve ponderação acerca da função pedagógica fundamental por ela cumprida.

E, como não poderia deixar de ser, já que tão intrigantes reflexões não comportariam mesmo tranquilas afirmações conclusivas, a autora brilhantemente encerra a obra *problematizando* seu próprio objeto da investigação, a Dogmática Jurídica, em torno do que somam-se interrogações, dentre as quais a mais inquietante parte da seguinte ponderação: "(...) se a Dogmática fornece 'segurança jurídica' e, em caso afirmativo, 'para que' ou 'para quem'?" (p. 114)

Todavia, a análise desta questão central constitui objeto de outra obra da

mesma autoria, recentemente publicada pela Editora Livraria do Advogado, sob o título *A Ilusão de Segurança Jurídica – Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal.*

E.T.: É preciso advertir o leitor de que a atenta leitura da obra *Dogmática Jurídica* poderá conduzí-lo à conclusão não pela *certeza – como seria previsível –* mas sim, pela *ilusão da segurança jurídica*, e, quem sabe, não apenas desta ...

Quitéria Tamanini Vieira Péres
Mestranda – UFSC

10. NOTICIÁRIO

ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO CRIMINAL EM SÃO PAULO

PALESTRA PROFERIDA EM CURSO ORGANIZADO PELO IBCCrim em 01.04.1997

O objetivo da execução penal pode ser analisado sob dois aspectos: transformar em realidade as disposições da sentença penal condenatória e promover meios para que aqueles submetidos à pena privativa ou à medida de segurança possam ser reintegrados na sociedade.

Esses objetivos são atingidos através de uma atividade complexa, dos quais participam os Poderes Judiciário e Executivo, razão pela qual ela se desenvolve em dois planos: administrativo e jurisdicional. De um lado, as normas que cuidam da expiação da pena; de, outro, as norma que tutelam os direitos subjetivos dos sentenciados e realizam o conteúdo da sentença condenatória, através da jurisdição.

Fácil concluir-se, com base nessas premissas, que, se o juízo competente para a execução da sentença, se a autoridade administrativa responsável pela observância das regras carcerárias e se a comunidade – principal interessada (e única capacitada) para proporcionar a reintegração social do sentenciado – não atuam com a unidade e o entrosamento necessários, torna-se praticamente impossível a consecução dos objetivos da execução e, em conseqüência, é fantasiosa a idéia de redução dos índices de criminalidade.

Para tanto, mister que falemos sobre alguns Órgãos de Execução Criminal, previstos no artigo 61, da Lei de Execução Penal.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO ESTADUAL

Divide-se em dois segmentos perfeitamente identificáveis: a rede COESPE, com 43 estabelecimentos prisionais, subordinada à Secretária de Assuntos Penitenciários, e a rede da Secretaria de Segurança Pública (cadeias públicas e distritos policiais).

Embora com estrutura aparentemente adequada, a COESPE enfrenta problemas de superpopulação carcerária: quase todos os estabelecimentos prisionais, tanto de regime fechado como de regime semi-aberto, estão com suas populações bem acima do previsto, levando-a a descumprir as determinações legais e judiciais.

O ser humano, por si só, já é problemático. O homem preso, com mais razão, é mais problemático ainda. Assim, lidar com o homem preso, colaborando com a sua recuperação e reintegração social, exige do pessoal penitenciário e, em especial, do guarda de presídio, vocação, preparação, especialização, empenho e dedicação. Deve ele conhecer o mundo em que vai viver – o mundo prisional, onde valores e conceitos são completamente diferentes dos existentes no mundo livre.

A criação de vagas no regime semiaberto, bem como a implantação de trabalho interno para todos os sentenciados, bem como o término da descaracte-

rização do regime semi-aberto, transformado ilegalmente em verdadeira Casa de Albergado face a autorizações indiscriminadas de trabalho externo diário aos sentenciados ali recolhidos, colaborariam muito no restabelecimento da ordem, evitando-se o aumento da criminalidade. As comarcas onde se situam presídios de regime semi-aberto (por exemplo, Mongaguá e Bauru) enfrentam considerável crescimento da violência e da criminalidade, causado pela atuação dos detentos que lá cumprem pena, colocando a população dessas cidades em estado de intranqüilidade.

A edição de regulamento interno das unidades prisionais, uniformizado para todo o sistema penitenciário paulista, evitando-se distorções, especialmente quanto aos critérios utilizados para a tipificação das chamadas "faltas graves"; a fixação de prazos para que os Srs. Diretores dos estabelecimentos penais encaminhem as comunicações de fugas e faltas graves; e, o estabelecimento de prazos e de sistemática na elaboração das sindicâncias disciplinares, observando-se rigorosamente o princípio da ampla defesa restabeleceriam a disciplina.

Em governos anteriores, as penitenciárias, projetadas para abrigar de 450 a 500 presos, tiveram suas celas duplicadas, passando a abrigar de 800 e 850 detentos. Essa foi a "grande descoberta" para geração de vagas, apesar das aludidas penitenciárias não terem sido projetadas para essa capacidade populacional, apesar de não terem infra-estrutura para acolher esse número de reclusos, apesar do repúdio e censura das organizações mundiais ligadas à defesa dos direitos do preso, apesar do disposto no art. 88, da Lei de Execução Penal.

A Casa de Detenção, com capacidade para 3.250 detentos, abriga o dobro: cerca de 7.000 presos. Tornou-se uma penitenciária, sem qualquer estrutura para tanto. Viola todos os preceitos legais, mantendo em convívio diário, nas celas coletivas, presos primários e reincidentes, provisórios e definitivamente condenados, criminosos ocasionais, depositários infiéis, devedores de prestação alimentícia, entre outros. Sua lotação extrapola qualquer racionalização de meios e métodos.

De outro lado, existe a rede da Secretaria de Segurança Pública, integrada por 295 cadeias públicas do interior e por mais de 100 distritos policiais na Capital. O interior, com capacidade para 9.700 presos, acolhe atualmente mais de 23.000 detentos. A Capital possui hoje cerca de 7.000 presos.

Destinadas basicamente ao recolhimento de presos provisórios, separados apenas pelo tipo de delito imputado, transformaram-se em verdadeiros depósitos humanos, permitindo o convívio diário de primários e reincidentes, sem assistência médica, sem assistência judiciária e sem trabalho, gerando constantes movimentos de rebeldia por parte dos presos, além das incontáveis fugas.

Deve-se, ainda, ter em mente que o problema poderá se agravar ainda mais: basta que a polícia civil cumpra parte dos 130.000 mandados de prisão que estão em seu poder.

A este quadro, soma-se o crescente e alarmante número de presos contaminados com o vírus da AIDS, problema que tem trazido seríssimas preocupações, porquanto cerca de um sentenciado (da rede COESPE) morre por dia, vítima deste mal. O tratamento é insatisfatório ante a ausência de leitos em número suficiente no único hospital na rede destinado a este tipo de doente, em que pese o esforço desenvolvido pelos profissionais médicos da área.

O Censo Penitenciário de 1995 apontou um "déficit" em nosso país por volta de 72.514 vagas. Para se fazer frente a

ele, seriam necessários 150 novos estabelecimentos para 500 presos cada um, os quais, se considerados os valores utilizados pelo DEPEN, custariam US$2.250.000 (Dois bilhões e duzentos e cinqüenta mil dólares) – quantia, evidentemente, que nenhum governo no Brasil dispõe para investir no sistema penitenciário.

JUÍZO DAS EXECUÇÕES

Até 1985, a então Vara de Execuções Criminais da Capital e Corregedoria dos Presídios contava com dois cartórios: 1° Ofício, a quem cabia o processamento das Execuções relativas aos sentenciados recolhidos na Capital; e o 2° Ofício, daqueles recolhidos no interior do estado, tanto em cadeia pública quanto na rede oficial.

Com o crescente número de presos, tornou-se inviável sua continuidade, tendo em vista o número insuficiente de funcionários, o espaço reduzido do cartório, a demora na autuação e processamento dos pedidos de benefícios, o descontrole na juntada de documentos, o atraso no processamento dos recursos interpostos.

Assim, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo procedeu, então, à primeira descentralização, através da Resolução 09/85.

A competência da Vara de Execuções Criminais da Capital ficou restrita aos condenados a penas privativas de liberdade, recolhidos em Distrito Policial e nos estabelecimentos integrantes da COESPE, tanto do interior como da capital, bem como dos condenados a penas restritivas de direitos, beneficiários de suspensão condicional da pena, de livramento condicional, de regime aberto (na modalidade, prisão albergue domiciliar) que residissem na Capital. Em contrapartida, houve uma diminuição do número de processos de execução, possibilitando-se uma prestação jurisdicional mais ágil.

Conseguiu-se, então, implantar um relativo controle no tocante ao vencimento das penas privativas de liberdade.

A título experimental, em 14 de dezembro de 1989, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Resolução 32/89, transferiu a competência sobre as execuções dos presos recolhidos na Casa de Detenção de São Vicente e no Presídio de São Vicente à Vara de Execuções de Santos.

Todavia, decorridos 10 anos, a situação voltou a se agravar, pelos mesmos motivos. Tramitam, ainda, perante o Juízo das Execuções Criminais cerca de 80.000 feitos relativos a sentenciados condenados a penas privativas, penas restritivas de direitos ou favorecidos com suspensão condicional da pena, livramento condicional, prisão albergue domiciliar ou, ainda, tratamento médico ambulatorial.

Cumpre, ainda, destacar-se que os cartórios da Vara de Execuções Criminais são os únicos onde o processo de réu preso tem a mesma tramitação que o processo de réu solto, ou melhor, no gozo de benefício. Entendo ser imprescindível a separação dos mesmos, priorizando-se os relativos a sentenciados presos.

Em prosseguimento, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo procedeu à segunda descentralização, através da Resolução 83/95, transferindo a competência sobre as execuções dos sentenciados recolhidos na Casa de Detenção de Presidente Prudente e nas Penitenciárias de Presidente Bernardes e Presidente Wenceslau à Vara de Execuções de Presidente Prudente, enquanto a das execuções dos reclusos no Presídio de Sorocaba e na Casa de Detenção de Sorocaba passaram à Vara de Execuções de Sorocaba. Houve a remessa para aqueles Juízos de apenas 4.000 (quatro mil) processos de execução.

Assim, apesar do incessante trabalho que vem sendo desenvolvido, desde 1990, pelos Juízes que judicam perante a Vara de Execuções, esta não tem, ainda, qualquer controle quanto ao número de processos de sentenciados que se encontram foragidos, como não tem controle sobre a destinação e a movimentação dos sentenciados no sistema penitenciário.

No regime fechado, a COESPE remove os sentenciados, sem qualquer consulta ao Juízo, alterando a jurisdição e gerando demora na apreciação dos pedidos. No regime semi-aberto, após autorizada ou deferida a remoção de regime pela Vara, a COESPE demora meses para cumprir a ordem, tendo em vista a ausência de vagas. Há centenas de detentos recolhidos em regime fechado, aguardando em lista de espera uma vaga.

Pedidos iniciais mal instruídos, dificuldade na juntada em cartório, atraso na juntada dos pedidos de benefícios e das informações requeridas e demora na tramitação dos recursos interpostos. Estas são algumas das imensas dificuldades que colaboram para o estrangulamento da Vara de Execuções e retardam a prestação jurisdicional tão ansiosamente esperada por aqueles que se encontram recolhidos na rede COESPE e, especialmente, nos Distritos Policiais.

MINISTÉRIO PUBLICO

Atualmente, as Promotorias de Justiça da Capital são integradas por 21 Promotores de Justiça, que atuam nos processos de execução. O maior problema enfrentado, ultrapassadas as dificuldades da Vara e seus cartórios, consiste, ante o volume de serviços, na quase impossibilidade atual de fiscalização direta dos estabelecimentos e dos sentenciados, através das visitas correcionais.

Tal volume é demonstrado pelo simples levantamento dos totais constantes dos relatórios encaminhados à E. Corregedoria Geral do Ministério Público, nos últimos anos:

1.990	101.230 processos
1.991	126.957 processos
1.992	164.271 processos
1.993	161.771 processos
1.994	235.839 processos
1.995	210.591 processos
1.996	147.600 processos

Para enfrentar essa difícil questão, seria necessária, talvez, a criação de uma equipe, que atuasse seguidamente neste setor, percorrendo os estabelecimentos penais, com critérios uniformes. Destaque-se que a finalidade não seria distribuir benefícios, mas sim atender às reais finalidades das correições.

CONSELHO PENITENCIÁRIO

É fundamental que ele seja devidamente aparelhado e estruturado pelo Estado, para que possa exercer suas funções. Hoje, conta com poucos funcionários para atender à população carcerária do Estado. Seus Conselheiros também não efetuam qualquer visita aos estabelecimentos penais e aos distritos policiais, limitando-se apenas aos pareceres nos pedidos de indulto e livramento condicional, bem como sugestões quanto ao texto dos novos decretos de indulto.

PATRONATO E CONSELHO DA COMUNIDADE

Simplesmente, não existem. Tramita na Corregedoria dos Presídios pedido do Ministério Público quanto à instalação de Conselhos da Comunidade.

DEFENSORIA PÚBLICA

Assumida recentemente pela Procuradoria Geral do Estado, vem exercendo

suas funções com empenho. Todavia, seja por não ter a infra-estrutura necessária de pessoal e de material, luta ainda com muita dificuldade. Todavia, garante a necessária assistência gratuita aos sentenciado, o princípio do contraditório e a ampla defesa.

Observe-se, no entanto, que, no exercício de tal mister, segundo meu entendimento, não devem os D. Procuradores do Estado adotar uma política de "esvaziamento das prisões", à custa de benefícios, e desconsiderando o prejuízo de uma sociedade combalida pela violência enfrentada diariamente.

Aliás, não se soluciona a questão da falta de leito hospitalar dando-se alta aos pacientes, independentemente da gravidade ou estágio da doença! Não se esvaziam distritos policias e presídios a esse preço, especialmente porque a polícia, ante a persistência da criminalidade, continuará a efetuar prisões, e, em pouco tempo, não haverá vagas novamente.

CONCLUSÃO

A criminalidade tem crescido assustadoramente em todo o Brasil.

Há que se examinar o tema com sensatez suficiente para se admitir que não se combate a criminalidade somente com a prisão e com penas severas e, muito menos, com a concessão indiscriminada de benefícios para a obtenção de vagas.

Algumas medidas devem ser tomadas:

1 – criteriosa restruturação do departamento penitenciário estadual, cessando com o recolhimento dos presos definitivamente condenados em distritos policiais, tirando tal incumbência da polícia civil e liberando-a para os serviços da polícia judiciária, destinando a cadeia pública ou o distrito exclusivamente, por ora, para o preso provisório.

2 – formação de pessoal penitenciário treinado e especializado, preparando-o para lidar com o problemático homem preso e como forma efetiva de combate a toda sorte de corrupção.

3 – realização do exame criminológico por ocasião do ingresso do sentenciado no sistema, propiciando uma efetiva individualização da pena (art. 6°, da LEP).

4 – construção de novas unidades, propiciando a separação do preso provisório do definitivamente condenado.

5 – restruturação e reorganização dos cartórios das Execuções, possibilitando a tramitação diferenciada dos processos de sentenciados presos.

6 – instalação dos Conselhos da Comunidade e dos Patronatos, destinados a prestar assistência aos albergados e aos egressos, objetivando reduzir o alto índice de reincidência.

7 – implantação do Setor de Triagem, já autorizado pela E. Corregedoria Geral da Justiça, facilitando a apresentação do sentenciado à Vara antes mesmo da autuação da guia de recolhimento, de forma a que este iniciasse, de imediato, o cumprimento da pena restritiva de direitos.

8 – aumento, em conjunto com a Secretaria de Assuntos Penitenciários, das vagas destinadas ao cumprimento das penas restritivas de direitos, especialmente as de prestação de serviços à comunidade.

9 – alteração legislativa buscando um aumento das espécies de penas restritivas – as chamadas penas alternativas – e um tratamento diferenciado entre os criminosos primários e os reincidentes quanto à progressão.

10 – criação de sistemas que permitam a participação de ONGs para fiscalização das penas alternativas.

Na verdade, falta ao Estado vontade política para viabilizar a infraestrutura necessária à aplicação da Lei de Exe-

cução Penal e garantir a segurança pública – tarefa precípua do Estado – obtendo-se, assim, uma diminuição da criminalidade e da impunidade.

A questão penitenciária não será resolvida com atitudes demagógicas e meramente paliativas emanadas dos gabinetes onde se isolam os responsáveis pelo gerenciamento do sistema no país, à revelia da vontade da maioria da sociedade brasileira e de seus legítimos representantes no Congresso Nacional.

O sistema prisional está clamando por reformas – que não podem ser feitas no papel – e que exigem trabalho sério, árduo, contínuo e, acima de tudo, atitudes responsáveis, inovadoras e revolucionárias, capazes de romper definitivamente com a estrutura implantada.

LUCIA MARIA CASALI DE OLIVEIRA

11. DOUTRINA LATINO-AMERICANA

DIGNIDAD, VENGANZA Y DEMOCRACIA[A]

JAIME MALAMUD GOTI[B]

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Por qué castigar a los criminales de estado: el tema de la dignidad y la democracia – 3. La prevención general (intimidación penal o utilitarismo clásico) y los juicios – 4. Los juicios y los retribucionistas – 5. Venganza, castigo y el retribucionismo centrado en la víctima (RF) – 6. Contribuyeron los juicios a afianzar la democracia argentina? – 7. La Argentina post-juicios – 8. El fracaso de los juicios – 9. Terrorismo de estado y la práctica de inculpar – 10. Hacia adelante al pasado; y hacia atrás hacia el futuro – 11. Conclusiones.

1. Introducción

Los juicios a personas sospechadas de violar derechos humanos son considerados comúnmente un paso esencial para afianzar la democracia en un país. Hay, efectivamente razones para esperar que el castigo estatal sea un instrumento apropiado para generar las condiciones para un cambio político radical. Se piensa que la adjudicación de responsabilidad penal (y por supuesto moral) a quienes mataron y torturaron desde el estado, sirve para valorizar los derechos individuales y re-crear la autoridad democrática.

La mayoría de los críticos de esta postura excusan la brutalidad de los dictadores basándose en «razones pragmáticas», en el escepticismo ético o en el temor de profundizar conflictos sociales. Estos críticos temen, por ejemplo, que la justicia retributiva haga imposible el consenso político necesario para imponer el respeto a los derechos individuales y afianzar una mínima igualdad ante la ley. La reciente experiencia argentina sugiere, sin embargo, que los juicios a violadores de derechos humanos pueden haber reforzado el mismo autoritarismo que estuvieron destinados a superar. En este artículo exploro cómo, mas allá de la retórica del justo castigo, ciertas características estructurales de las comunidades post-dictatoriales transforman a los juicios de derechos humanos en represalias. Por esta razón, en lugar de «desdictatorializar» y pacificar a la comunidad, estas iniciativas retributivas se transformaron en una fuente independiente de conflicto. Mas aún, como lo enseña la historia argentina reciente, los juicios perpetuaron y alentaron la violencia política en lugar de promover instituciones y hábitos democráticos. La comunidad argentina encuentra al autoritarismo lo suficientemente familiar como para que resulte

N.T. Excepto la de Nunca Mas y alguna otra, las citas están, por lo general, tomadas del borrador el inglés, aunque en el caso de provenir de textos o charlas en castellano.

(A) Las citas estan originariamente redactadas en ingles. Por esta razon, la version castellana provienen de traducciones de la primera

(B) Profesor de derecho penal, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Filosofia, Universidad de Arkansas at Little Rock.

exitoso el intento de extirparlo en unos pocos años.

En este artículo me propongo poner en evidencia la falsa concepción de que, creados como lo fueron, los juicios y el castigo criminal promoverán el respeto por los derechos en sistemas políticos post-dictatoriales. De hecho, la justificación del castigo en este contexto está plagada de obstáculos aparentemente insuperables. En este trabajo examino esta idea; investigo también la razón por la cual los juicios de derechos humanos de 1985 no parecen haber consolidado las instituciones democráticas. El efecto bien puede ser el contrario: que estos juicios hayan contribuido a erosionar la ya débil autoridad de los jueces. Confirmo aqui también el hecho de que las prácticas autoritarias funcionan plenamente dentro de un sector de la comunidad argentina que aún hoy promueve -o al menos justifica- la violencia estatal. Exploro también la visible contradicción entre el apoyo popular a los juicios de violadores de derechos humanos por un lado, y, por el otro, la defensa de la misma brutalidad que estos violadores desplegaron. Defenderé la tesis para la cual esta contradicción es la consecuencia de la falta de autoridad política proveniente (aunque quizá no del todo) de un sistema terrorista. Sostengo que la verdadera naturaleza de la inculpación[1] post-dictatorial y del consiguiente castigo están contaminados por la práctica del terror estatal. Mas aún, expongo como la práctica distorsionada de inculpar se transforma en una lente a través del cual observamos los juicios de derechos humanos en la Argentina. Finalmente, explico la manera en que ciertas prácticas de inculpar, formalizada por los juicios de derechos humanos, dieron pie a una práctica punitiva afín a la represalia en lugar de un «justo castigo.»

2. Por qué castigar a los criminales de estado: el tema de la dignidad y la democracia.

El crimen, el castigo y los juicios penales se encuentran entre los tópicos centrales en la mayoría de las sociedades. (Los efectos del caso de O.J. Simpson y su cobertura por la televisión norteamericana bastan para advertir esta circunstancia). Cuando los procesados son miembros de un estado en el cual la brutalidad, la cuestión del crimen y del castigo se vuelven una obsesión colectiva. En enero de 1994, meses antes de retornar a Haití, el presidente Jean Bertrand Aristide se vio literalmente rodeado por activistas de derechos humanos en Miami. Estos activistas, entre los que se encontraban las organizaciones más prominentes como Amnesty International, hicieron todo lo posible para comprometerlo a encausar a *attaches*[2] torturadores y asesinos attaches, a pesar de que Haití estaba entonces - como hoy-enfrentando los más acuciantes problemas de nutrición, mortalidad infantil y educación del Hemisferio. Más allá de las profundas emociones retributivas, la fuerza magnética de los juicios y de los castigos está vinculada a la creencia de que la justicia criminal juega un rol central en el proceso de decir la verdad sobre los hechos pasados. Este papel de escribir la historia criminal depende, por supuesto, de que la inculpación moral por las violaciones a los derechos humanos bajo una dictadura puedan ser válidamente asignados a un grupo claramente identificable. Fueron

(1) Traduzco como «inculpacion» o «culpar» laexpresion inglesa «to blame.» No conozco una mejor manera de traducir la ultima de mi libro *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, 1996.

(2) Descendientes de los Ton-ton-macoutes.

ya varios los estados en los cuales la necesidad de juzgar y castigar a criminales de estado fue objeto de intensos debates. La creencia común en esta necesidad estuvo detrás de la presión popular e internacional para castigar a criminales de estado en Uruguay, Chile, Argentina, y ahora Rwanda. Esta confianza en la justicia criminal ha estado también detrás de las purgas administrativas (también retributivas) como la ley de Lustration checoslovaca cuya aplicación segregó de la función pública a todos los miembros del Partido Comunista.

Hay efectivamente poderosas razones para pensar que la justicia retributiva contribuye al establecimiento de una comunidad democrática basada en derechos individuales. Es posible que sea aún más importante advertir que académicos y políticos vinculan el castigo criminal a la consolidación de la autoridad de instituciones democráticas, principalmente la judicial. Esta consolidación es tanto la causa como la consecuencia de una aplicación de la ley mínimamente igualitaria. Es obvio que, en sistemas inestables, el juicio a los criminales de estado afirma el principio de que nadie está más allá de los alcances de la ley y que los ciudadanos tienen derechos cuyo reconocimiento resulta esencial para que una democracia funciones efectivamente. Más importante aún: al adjudicar responsabilidades en forma igualitaria, el castigo criminal ocupa un papel todavía mas amplio que la consolidación de las instituciones democráticas. Como la mayoría de los estudiosos y algunos políticos afirman, la condena penal de violadores cumple la función pedagógica de inculcar en los miembros de la comunidad el sentido de respeto por sí mismos erradicados por la dictadura. Este respeto por sí es la base sobre la cual se asienta el respeto general por los derechos en general.

Lo cierto es que no parece razonable esperar que los súbditos de dictaduras recuperen espontáneamente respeto por sí mismos cuando han sufrido -o temido sufrir- la represión estatal. Este parece ser un argumento propiciar el juicio y castigo de autores de la represión.[3] La transformación de individuos aterrorizados en ciudadanos respetuosos y responsables es un requisito para la fundación de instituciones democráticas. La existencia misma de tales instituciones depende, a su vez, del respeto a estas mismas instituciones. El argumento es muy fuerte: el primer efecto de los juicios de derechos humanos, el afianzamiento de autoridad de las instituciones democráticas, depende del segundo argumento: la inducción al respeto por los derechos y preferencias de otros individuos. En efecto, la protección de ese respeto por derechos y preferencias de otros es el objeto mismo de las instituciones democráticas. Sin embargo quien, como yo, ha argumentado de esta forma, debe ahora sostener que las ventajas de las sanciones retributivas aparecen desplazadas total o parcialmente por las consecuencias negativas del proceso penal, como lo demuestra el caso argentino.

El terrorismo de estado corroe nuestro respeto por nosotros mismos y destruye la conciencia de nuestros derechos. Sentimos vergüenza cuando comprometemos nuestra solidaridad social[4] y culpa

(3) Amartya Sen, por ejemplo, señala que los individuos subyugados abandonan sus propios derecho como tambien en aquellos de otras personas con el fin de acomodarse a la obtencion de «pequeños favores» a cambio de su sumision. AMARTYA K. SEN, ON ETHICS AND ECONOMICS 45, (1990).

(4) Por «verguenza» me refiero aqui al sentimiento que surge de la ausencia de una accion autonoma. La verguenza yace asi en algo mas comprensivo que simplemente haber optado por cursos de

por abandonar nuestras lealtades. Nuestra desvalorización, nuestra culpa y nuestra vergüenza requieren de un «remedio político» para dignificarnos ante nuestros propios ojos.[5] El castigo de los violadores de nuestros derechos constituye la forma mas clara y contundente con que una institución dotada de autoridad puede pronunciarse a este fin. La sentencia condenatoria no responde solamente a nuestras emociones retributivas, satisface también nuestro anhelo por saber que fuimos tratados injustamente y que tenemos razon. Los individuos necesitan conocer y re-conocer sus derechos no solamente para actuar sobre la base a estos derechos, sino también para respetar también los derechos de otros. Como una declaración dotada de autoridad, la condena penal debe desempeñar este papel.[6] Para que esto sea posible, sin embargo, es necesario una concepción del castigo basada en la víctima en lugar de estar, como lo ha estado tradicionalmente, centrada en el violador. Las teorías de la disuasión y el retribucionismo puro o tradicional (RT) son, en su versión mas tradicional, teorías sobre el autor y su culpa. Paso a explicar este punto; pero antes una aclaración: la opción de celebrar juicios de derechos humanos es normalmente compleja. Para bien y para mal se trata, por lo general, de un instante de grandes cambios políticos. El gobierno de transición se ve en la encrucijada de decidir si derogar un cumulo de leyes o, mas concretamente, de decidir qué hacer respecto de autoamnistías o de pactos y compromisos de inmunidad criminal. Estas situaciones de grandes cambios y de opciones cruciales obliga a re-examinar las razones para castigar pues se trata de una situación cercana a una fundación institucional. Los juicios de derechos humanos no son sólo nuevas experiencias procesales y punitivas para cuya justificación basta aplicar dogmáticamente criterios existentes. En los apartados que siguen me ocuparé de problemas específicos de esta justificación.

3. La prevención general (intimidación penal o utilitarismo clásico) y los juicios.

Los utilitaristas tradicionales creen en el efecto disuasivo del castigo, hallarán que la condena de criminales de estado no confirma su tesis. Tomemos, para simplificar, el caso típico de las dictaduras militares como el caso argentino. El castigo penal puede disuadir a ciertos oficiales de alta jerarquía de ejecutar un nuevo golpe para implantar otra dictadura o exacerbar métodos terroristas. Ser expuestos como criminales frente a la comunidad nacional y el mundo exterior es una amarga experiencia como lo han descubierto algunos dictadores latinoamericanos. A mediados de los 80, después de las condenas de los tribunales argentinos, no muchos militares hubiesen querido estar en los zapatos de los comandantes argentinos.

Pero, en el mejor de los casos, las consecuencias disuasivas del castigo, tal y como la defienden los utilitaristas tradicionales, son aplicables solamente a los oficiales de máximo rango. Es claro que, cuanto mas alto sea el rango, mas

accion equivocados(ver Bernard Williams, *Shame and Necessity*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, Cap. 4.)

(5) Lawrence Wechsler se refiere especificamente a este efecto del terror, ver *A Miracle; A Universe: Settling Accounts with Torturers* 241 (1990).

(6) A pesar de estar estrechamente vinculada a poder, el castigo penal refleja tambien una medida de autoridad que permite distinguirlo de otras formas de coercion. *Ver* RICHARD E. FLATHMAN, THE PRACTICE OF POLITICAL AUTHORITY: AUTHORITY AND THE AUTHORITATIVE 157 (1980).

débiles serán los lazos de camaradería y solidaridad que lo vinculan a sus pares. También es claro que, cuanto mas alto sea el rango, menor sera la presión para matar y torturar. El efecto disuasivo de la pena se ve así sensiblemente atenuado cuando uno desciende en la pirámide jerárquica. Pero aún hay reparos al razonamiento utilitarista en el caso de los generales. Hay que agregar respecto de estos que cuando les sea posible asegurarse de una continuidad económica y política, como es el caso en Chile, la responsabilidad penal puede ser una valla en contra de la transición democrática plena.

La intensidad de nuestros incentivos para actuar varían conforme al paso del tiempo y, para la mayoría de los oficiales, el temor a una condena remota en el tiempo se verá neutralizada por los beneficios inmediatos de violar los derechos de ciertos individuos: me refiero al respeto y respaldo de compañeros y superiores. Parece evidente que, en la Argentina, la perspectiva de una posible condena fue en gran medida contrabalanceada por los beneficios y premios inmediatos provenientes de los círculos próximos al autor. Sólo unos pocos oficiales retuvieron durante la dictadura aquellas convicciones morales que los comprometían a censurar prácticas terroristas.[7]

En el caso de los militares argentinos, los juicios no habrían tenido un gran efecto disuasivo frente a oficiales fanatizados. Aquellos oficiales que, por imperativos de conciencia, se negaron a participar en la violencia extrema, tuvieron que soportar acusaciones de sus compañeros de ser complacientes, cobardes, o ambas cosas. Los oficiales que defendieron el ideal democrático debieron enfrentar una gran hostilidad.[8] Una fuerte lealtad corporativa debilita la fuerza disuasiva de futuras condenas penales a medida que uno desciende en la pirámide jerárquica militar. Una causa adicional de esta debilidad es la inestabilidad institucional. Los oficiales jóvenes especularon con que, en el peor de los casos, sus superiores habrán de retener el suficiente poder para asegurarles amnistías y perdones. La plausibilidad de esta creencia puede ser contemplada a la luz de los cuatro motines ocurridos en la Argentina desde el retorno del régimen constitucional. Estos

(7) Aun el efecto disuasivo, «hacia el futuro» de los procesamientos y de las condenas de oficiales en la cuspide de la piramide jerarquica puede estar limitados por razones circunstanciales. Esta en claro que, despues de comenzar los juicios contra los militares argentinos, sus colegas chilenos y uruguayos se mostraron particulurmente remisos en llamar a elecciones y, cuando lo hicieron, tomaron las precauciones necesarias para obtener inmunidad de los politicos.

(8) El grupo mas conocido fue el CEMIDA, una muy pequeña agrupacion de oficiales democraticos, en su mayor parte retirados. Ademas de democraticos, los oficiales del CEMIDA no son el modelo corriente del militar. Uno de los oficiales mas prominentres, el Coronel Augusto Rattembach, por ejemplo, es musico y compositor. Estos oficiales admiten, sin embargo, que de su conducta podria muy bien haber sido diferente de haber estado en servicio activo pues el miedo a la soledad pudo pesar mas (entrevista con oficiales del CEMIDA, Buenos Aires, julio de 1992.) Considerados desleales por muchos de sus camaradas, algunos de estos oficiales sufrieron sanciones disciplinarias serias por criticar la «guerra sucia» aun despues de haberse hecho cargo el gobierno electo. El General Carlos Dominguez, por ejemplo, fue forzado a retirarse simplemente por afirmar que "la ley y el derecho no se imponen mediante el sistematico quebrantamiento del orden legal. Ver James Neilson, *El fin de la quimera: Auge y ocaso de la Argentina populista,* Emece, Buenos Aires, 1991, p. 241.)

motines fueron realizados en contra de los generales y en apoyo de oficiales que la justicia civil hubo de atreverse a procesar merced a la percibida permisividad del generalato. Al haber permitido los juicios ante tribunales civiles, para esta opinión, los generales traicionaron la confianza de sus subordinados.[9] El utilitarismo tradicional no puede proveer un argumento satisfactorio para estos casos.

4. Los juicios y los retribucionistas

Los «retribucionistas tradicionales,» RT no son mas convincentes que los partidarios de la disuasión. Los RT pueden considerar las consecuencias de las condenas pero, si son coherentes, deben ignorar estas consecuencias a la hora de justificar los procesos y las penas. El mensaje al transgresor es: «Esto es tan malo como lo que has hecho.»[10] Los factores retributivos -el daño causado y la culpabilidad del autor- son contemplados como límites morales a la forma en que tratamos a otras personas. Estos límites son particularmente rigurosos cuando se trata de utilizar a unos para promover los intereses de otros. El RT constituye, para la sociedad, una barrera infranqueable respecto del uso de la pena como instrumento para la protección de terceros frente a posibles hechos similares en el futuro. El castigo es un acto de justicia que los miembros de la comunidad deben moralmente imponer. Así, para un RT, el deber de castigar abarca a todos los que participaron en una transgresión a la ley penal. Esta obligación subsiste aún frente a la amenaza cierta de que una revuelta militar dará por tierra con la democracia.

En este escenario, un individuo es tratado de acuerdo con una serie especificada de condiciones establecidas en la ley penal y todos aquellos que satisfagan estas condiciones deben sufrir una pena. Para los RT coherentes, el castigo debe ser impuesto a todos los que ordenaron, perpetraron, o contribuyeron en la ejecución de una violación y a quienes ocultaron la violación, protegieron a los agentes u omitieron denunciar los hechos. De acuerdo con esta versión, algunas entidades de derechos humanos como las Madres de Plaza de Mayo reclamaron el castigo de un gran numero de autores y participes de transgresiones a derechos humanos.[11] Las Madres dirigieron así su acusación contra religiosos, profesionales y funcionarios civiles y militares que de algún modo instigaron a los últimos a torturar y asesinar. A pesar de que la retórica de las Madres contiene referencias a algunas consecuencias del castigo, estas no son efectos causales sino, mas bien, consecuencias morales evaluativas (o analíticas.) Al exigir la «devolución con vida» de sus hijos y el castigo de «todos los culpables,» las Madres reclamaron una «mínima justicia» para una comunidad moral. En efecto, ellas afirmaron -y afirman aún- que, mientras esta mínima justicia no sea llevada a cabo, no podrán aceptar que sus hijos hayan sido asesinados. Si así no fuese, hay que inferir que, al aceptar en su seno a violadores de derechos básicos, esta sociedad queda descalificada como una comunidad con justicia. Para decirlo *a la* Kant, la sociedad carga con toda la culpa.

La consecuencia de una posición como la de las Madres es que, al castigo de

(9) Esta fue la opinion unanime que recibi al entrevistar a 24 oficiales del ejercito entre 1991 y 1992 en dos viajes que hice a la Argentina.

(10) ROBERT NOZICK, PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS 370 (1981).

(11) Ver *Madres de Plaza de Mayo, supra* note 3. (Fisher, Jo *Mothers of the Disappeared,* Zed Press Ltd., London and South End Press, Boston, 1989.)

casi todos los militares, hay que agregarle las penas a policías, guardia-cárceles, religiosos, financistas, industriales, estancieros y granjeros que instigaron al ejército a la violencia extrema o facilitaron esta violencia de alguna forma. Sería esta una cifra sideral si se recuerda que la escalada de violencia estatal comenzó ya en 1974 bajo el gobierno de Isabel Perón. Si son coherentes, los RT deberán conducir a la sociedad a juzgarse criminalmente a sí misma.

Los RT tienen un fuerte atractivo democrático porque ellos representan la igualdad (al menos formal) ante la ley penal, y erigen una valla a la coerción estatal. Una característica central de un sistema limitador es la generalidad: los agentes culpables deben ser castigados aún en el caso en que, como lo postulara Kant, los cielos se derrumben. Pero hay, además de esta primera objeción política o pragmática, una de orden lógico: al ignorar los efectos de la sanción penal, un RT debe creer dogmáticamente en el valor intrínseco de las normas positivas que definen y castigan ciertos actos. Si bien el castigo justo depende lógicamente de la justicia de las reglas que lo definen, un RT no puede discriminar entre reglas justas e injustas al vedársele reparar en las consecuencias de la aplicación de estas reglas como la razón de su existencia. No tiene sentido seleccionar ciertos hechos para definirlos como criminales sin considerar las consecuencias de estos hechos y el efecto esperado de hacer criminalmente responsable a quienes los ejecutan.[12] Pero, a pesar de sus deficiencias como una institución política, el RT tiene aspectos atractivos.

5. Venganza, castigo y el retribucionismo centrado en la víctima (RF)

No he intentado fundamentar una tesis que le niegue la razón a utilitaristas y RT. Los utilitaristas tienen razón en esperar que las condenas criminales tengan, en alguna medida, efectos disuasivos. Pero estos efectos son, como he explicado, modestos en el mejor de los casos, ya que sólo se aplican a los oficiales de rango mas alto. Los retribucionistas (RT) ofrecen a su vez un argumento seductor: no puede castigarse a aquellas personas que no sean halladas (moralmente) culpables de cometer hechos penalmente ilicitos. Los que no son así culpables deben ser absueltos cualquiera que sea la intensidad del clamor popular por el castigo.[13] Este aspec-

(12) BRAITHWAITE & PETTIT, *supra* nota 24, pag. 29. De una manera similar, los retribucionistas no pueden responder a la pregunta de «por que castigar?» Basados en la irrelevancia de las consecuencias, Hart y Rawls han adoptado estrategias interesantes para plantear la cuestion.(1) Conforme a H.L.A. Hart, el castigo no puede basarse en consideraciones de utilidad social (H. L. A. Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment, en* PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN PHILOSOPHY OF LAW 1 (1968). Tomar en consideracion las ventajas de las condenas significaria hacer depender la justificacion de estas de sus consecuencias traicionando asi el dogma retribucionista de la irrelevancia de las consecuencias. «Para juzgar su correccion, todas las teorias eticas que merecen nuestra atencion toman en consideracion las consecuencias. Una que no lo hiciese seria irracional, demencial» JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 30 (1971). (2) No es evidente que la infraccion que asociamos con una pena exija que hagamos sufrir al agente. Si no existen consecuencias de ese sufrimiento que puedan considerarse deseables, podriamos bien preferir no castigar y, para ser justos con todos los ciudadanos, otorgar premios a unos e imponer cargas a otros.

(13) *See* John Mackie, *Morality and Retributive Emotions*, *en* 1 CRIM. JUST. ETHICS, 3 nn.1-4 (1982).

to negativo del retribucionismo es modesto; se refiere exclusivamente a las limitaciones del castigo penal legitimo. No ofrece, en cambio, una justificación (positiva) para juicios y castigos criminales. Parece claro, entonces, que ninguna de las tesis tradicionales de utilitaristas y RT puede en realidad justificar el castigo de criminales de estado.

A lo mejor, y en línea con la especificidad del fenómeno, los juicios de derechos humanos podrían requerir una justificación ad hoc, como lo es la tesis para la cual el castigo «pacifica» a la comunidad. Si no se castiga a torturadores y asesinos, piensa Carlos Nino,[14] la gente que sufrió acudirá a la venganza. Como las víctimas directas e indirectas son muchas, se corre el riesgo de lanzar la sociedad al estado de naturaleza de Thomas Hobbes.[15] Pero, al menos en el caso argentino, esta presunción carece de fundamentos: ni un solo miembro de la comunidad derechos humanos reveló el propósito serio de ejercer la violencia por su cuenta. Las experiencias uruguaya y chilena parecen apuntar en idéntico sentido. En efecto, la posibilidad de esta clase de venganza, como el ejercicio directo de la violencia, no parece haberse despertado todavía en la mente de víctimas directas e indirectas de la represión. A pesar de los escasos logros de las administraciones civiles mas recientes, hubieron sólo atisbos de agredir mínimamente a militares sospechados de infringir seriamente derechos individuales. Me refiero a insultos verbales o agresiones físicas menores, que difícilmente calificaría de venganza. A pesar del fracaso de las tesis tradicionales y de las *ad hoc* queda aún la sensación de que algo drástico hay que hacer por aquellos que han sufrido actos de máxima violencia.

He sostenido hasta aquí que, conforme a las ideas corrientes entre políticos, filósofos y activistas de derechos humanos, el castigo debe desempeñar un papel importante en la construcción de una democracia basada en derechos individuales. He sugerido también que la consideración de la dignidad de las víctimas de crímenes de estado es esencial para cumplir con la primera de las metas. Desde este punto de vista, las tesis tradicionales de la disuasión (prevención general) y el RT como teorías «centradas en el autor» son intrínsecamente inapropiadas. La experiencia ha descartado también la idea de evitar la venganza privada. Al no haber sido sistemáticamente articulada, esta última no requiere por ahora una respuesta teórica.[16] Propongo, entonces, una justificación de juicios y castigos criminales «basada en la víctima,» en las emociones moralmente relevantes del que sufre, como una razón independiente para justificar la condena de violadores de derechos humanos.

El alivio de las víctimas no es esencial para una justificación basada en la disuasión. Al conferirle importancia central a la intimidación de delincuentes potenciales, los utilitaristas tienen pocos reparos en ignorar la situación de los que

(14) Carlos S. Nino, *Radical Evil on Trial*, Yale, 1998.

(15) La vida en este estado de guerra de todos contra todos es fea, brutal y corta. («nasty, brutish and short,» Leviathan.)

(16) Mas alla de la experiencia, hay razones teoricas para sostener que los parientes y amigos de los desaparecidos podrian descartar la idea de vengarse. Lo que estas victimas indirectas del terror podrian reclamar es la razon: que una «autoridad», un arbitro creible, ofreciera una version imparcial diciendo quienes causaron realmente la miseria. Desde una perspectiva psicologica, Sharon Lamb sostiene este principio. Ver *The Trouble with Blame: Victims, Perpetrators and Responsibility*, Harvard University Press, 1996, capitulo 2.)

fueran degradados por agentes que actúan desde el estado. La noción de «justicia para la víctima» fue dejada a un lado para el cálculo de utilitario, y, por lo tanto, aliviar su sufrimiento moral desaparece al decidir que hacer.[17] Los RT invitan una crítica análoga. Al ignorar todas las consecuencias del castigo, los proponentes de esta forma de justificación contemplan sólo la situación del autor afrontando las consecuencias de sus actos.

Hay, sin embargo otra posible versión, menos popular, del retribucionismo. De acuerdo con esta versión, el castigo debe dirigirse a reparar el daño emocional que la violación ha causado. No me refiero a emociones vindicativas, sino a otros sentimientos vinculados con la dignidad de las víctimas, como la pérdida de autoestima y de propósitos. Como acabo de explicar, al renunciar a ciertos ideales y compromisos, quienes sufrieron la brutalidad estatal de forma directa o indirecta experimentan vergüenza y la pérdida de respeto y estima por sí mismos. Los retribucionistas orientados a ciertos fines, RF, atribuirán a la pena la función de reconstruir esta confianza perdida. Lo que distingue esta finalidad de la tesis utilitaria y otras doctrinas consecuencialistas es que la primera no se apoya en relaciones propiamente causales, sino en consideraciones evaluativas. La relación con ciertas consecuencias es lógica o analítica. La reducción de la culpa y la vergüenza de los sobrevivientes de la tortura, por ejemplo, no es una consecuencia «externa» a la condena criminal. Es un aspecto mismo de la noción de condenar.

Existe una gran diferencia práctica entre los RT y los RF. Los primeros se ven compelidos a imponer un castigo cuando se dan los presupuestos de un hecho punible; esta generalidad no es aplicable a los últimos. Al perseguir el alivio de la víctima, los RF deberán renunciar al castigo, o contentarse con la mera condena del autor o de su hecho. Si ellos creen que el sufrimiento del autor no hará nada para restaurar el respeto de la víctima por sí misma, o que no disuadirá a delincuentes potenciales porque ciertos cabecillas ya han sido castigados, los RF pueden prescindir de castigar a otros miembros de esa organización. Existe bastante espacio para ejercer la discreción.

A pesar de su mayor plausibilidad, la tesis RF no pretende excluir a las teorías que he descripto con anterioridad. Con otras palabras, la consideración a la dignidad de la víctima no persigue desplazar otras razones generales para castigar. En algunos casos se podrá castigar a un transgresor sin perjuicio de la futilidad de imponer un castigo si, por ejemplo, el caso se presta claramente a disuadir a transgresores potenciales. A diferencia de la ejecución de prisioneros durante el último régimen militar en la Argentina, en que los ejecutores contaron con el apoyo de sus camaradas, el saqueo de las víctimas despertó una considerable desaprobación entre los mismos cuadros

(17) Los utilitaristas pueden adoptar el punto de vista segun el cual la disuasion y la reforma del delincuente son solo aspectos a considerar en la persecucion de la utilidad general. Una concepcion utilitarista amplia podria considerar el bienestar de las victimas directas e indirectas del delito y la ventaja consiguiente de satisfacer emociones retributivas como un valor a perseguir. Pero amen de inusual, esta perspectiva solo podria tener algun atractivo cuando, como en el caso que tratamos, las victimas (directas e indirectas) son miles de miles (considerando a quienes padecieron el terror en general.) La debilidad de esta aproximacion nace de su propia limitacion cuando las victimas son unas pocas, de modo que el interes preponderante de la comunidad es propender a la felicidad de los autores de los delitos: no castigar.

militares. Al contemplar a los agentes de los robos como «delincuentes comunes»[18] el castigo bien puede lograr un efecto disuasivo. La ausencia de apoyo de los camaradas realza, a su vez, el papel disuasivo de las condenas penales. Una tesis RF es, prima facie, el medio mas idóneo para democratizar la sociedad, pero esta teoría RF no está limitada a las sociedades post-dictatoriales. Puede también ser aplicada para mejorar el status de los derechos individuales en democracias ya instaladas. Desde que el enfoque parte de la idea del transgresor avergonzando con su hecho a la víctima, la tesis puede servir el propósito de justificar el castigo en el caso de delitos humillantes como el chantaje y la extorsión.

6. Contribuyeron los juicios a afianzar la democracia argentina?

No puede darse, obviamente, una respuesta certera a la pregunta que encabeza esta sección aunque, aunque hay indicios claros de que los juicios de 1985 no enseñaron a la ciudadanía el valor del individuo y de sus derechos. Podría pensarse, antes que nada, que el fracaso se debe al significado disuasivo o retributivo asignado a las condenas por la población en general. No creo, con todo, que el fracaso se derive de la preferencia general por alguna finalidad de la pena. Es mas, pienso que hay objeciones serias también en contra de la justificación RF, tal y como la he defendido hasta aqui. El problema surge, debo agregar, de los limites mismos de la pena criminal.

Atribuirle autoridad a las sentencias significa creer que estas «dicen la verdad.» Que además de satisfacer emociones retributivas, toda condena contiene un momento cognoscitivo en nos dicta «la verdad histórica» de lo ocurrido. De este modo, la autoridad de estas sentencias, la creencia en sus versiones, depende de que una porción de la población suficientemente grande crea en el compromiso de los jueces con los derechos de las personas incluyendo, por supuesto, los del reo. Las condenas podrán contribuir a restaurar la dignidad de las víctimas si, además de satisfacer sus ansias de retribución, permiten presumir que los tribunales aplican imparcialmente los principios de la responsabilidad penal. En efecto, no se puede esperar ningún sentido de respeto por nosotros mismos sin satisfacer cierta noción de prudencia e imparcialidad.

La estrategia de juzgar a criminales de estado tiene flaquezas inevitables. Primero, la experiencia muestra la dificultad que presenta la selección de quienes habrán de ser juzgados. Establecer quienes son los moralmente responsables de la infracción de derechos humanos en una sociedad aterrorizada genera un inevitable ingrediente de artificialidad. Al centrar la culpa en un limitado sector de la población, los juicios de derechos humanos re-inventan la historia. De esta manera, el significado de la «verdad» resultante, frecuentemente percibida como facciosa, es objeto de disputas inzanjables. La insatisfacción general por los juicios de 1985 provino no solamente de los reos y sus defensores. Esta insatisfacción se originó también entre los militantes y defensores de derechos humanos, como es el caso de las Madres de Plaza de Mayo y de organizaciones internacionales como Amnesty. Mientras los primeros afirmaron que los reos eran chivos expiatorios, los últimos se quejaron de haber demasiado pocos acusados, y las penas demasiado leves. Lo que tienen en común ambas opiniones es la idea de

(18) Un ejemplo de esta opinion fue la del lider militar, Coronel Mohamed Ali Seineldin (entrevista mantenida en la prision militar de Magdalena, Buenos Aires, Argentina, Julio 1992.)

que los juicios fueron «juicios políticos» por ser la sentencias demasiado benignas para unos, y «vengativas» para otros. Ninguno de estos grupos vio en las condenas auténticos actos de «justicia.» En efecto, en lugar de impartir justicia con decisiones mas o menos aceptables, los tribunales fueron -y son aún- sospechados de adaptarse a las conveniencias políticas, tal y como fueran concebidas por el poder ejecutivo. De esta manera, en lugar de reforzar la escasa autoridad de los jueces, los juicios tuvieron el efecto contrario. En vez de ofrecer una «verdad» común que permitiese reconstruir una sociedad fragmentada por distintas versiones históricas, los tribunales generaron un clima aún mas polarizante. La idea que unió a pro-acusados y pro-acusadores fue que los juicios eran una auténtica estratagema para crear consenso a costa de negociar principios demasiado importantes. Para una concepción RT, las Madres supusieron que, para los jueces, la dignidad no era un elemento central en una sociedad democrática. Quienes justificaban a los militares, en cambio, se aferraron a la idea de que no puede justificarse condenar a un inocente. Lo que ambas facciones compartieron es la idea de que los tribunales no se habían pronunciado conforme a su misión de perseguir la «justicia.»[19] Los jueces desempeñaron un rol político de la forma más pedestre. Estas interpretaciones provocaron aún más fragmentación, la que se puso de manifiesto a través de toda clase de manifestaciones de rebeldía militar. Sostengo que, en una gran medida, el significado de los juicios fue acuñado por una forma especial de inculpar.

Para algunos, los juicios fueron una forma de «justicia» negociada; para otros, ellos instrumentaron una forma artificial de inculpar. Así las cosas, las sentencias aumentaron el antagonismo ya existente entre facciones sociales. El factor mas sorprendente de esta fragmentación de la opinión pública es que casi nadie, incluyendo a abogados y funcionarios públicos, acomodó su opinión a la sentencia que, en diciembre de 1985, condenó a cinco comandantes militares y absolvió a otros cuatro. Ni siquiera la decisión de la Corte Suprema misma, dictada un año después, fue relevante para modificar versiones individuales de la historia política argentina. La indiferencia de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales demuestra que, en la Argentina, estas decisiones carecen de autoridad para establecer la «verdad» de los hechos relevantes y la significación de estos hechos. Así, las controversias sobre lo que debió hacerse en relación al estado terrorista, siguen en plena vigencia sin la expectativa de que algún árbitro pueda resolverla. La esperanza de que la historia concite la concordancia es un mal consuelo para quienes piensan que esta concordancia es necesaria aquí y ahora para evitar nuevas transgresiones.

7. La Argentina post-juicios

Como en la mayoría de las dictaduras, la mente autoritaria en la Argentina de los 70 creó un mundo político tajantemente dividido entre aliados y enemigos. Al definir su meta como la de derrotar la «subversión,» vagamente expresión por cierto, los militares dieron el primer paso en el desarrollo y aplicación de una lógica

(19) Ver como ejemplo *Argentina: El ejercito que tenemos,* de Jorge Grecco y Gustavo Gonzalez, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pg. 140. A pesar de la ausencia de soporte empirico para defender esta opinion, el libro, ganador del primer premio para «Ensayos e Investigaciones Periodisticas,» sostiene que se persiguio a militares por el solo hecho de ser miembros de las fuerzas armadas.

bipolar. Extrapolada de las guerras de Indochina y Argelia,[20] la noción de «subversión» en la Argentina abarcó también un sector bastante grande de la población. La así llamada «guerra sucia» fue una guerra contra un vasto sector social y llegó a abarcar a aquellos que simplemente intentaron colocarse al margen del conflicto. La cruzada de los militares y sus aliados persiguió la erradicación y neutralización de quienes simplemente no favorecían la causa de la cruzada o de sus métodos terroristas.[21] AL adoptar el régimen una visión apocalíptica de la «subversión,» eliminó la posibilidad lógica de mantenerse neutral: la «guerra» abarcó hasta a los ignorantes y los indiferentes, como candidatos potenciales del «marxismo internacional.»

La tenue línea entre autoritarismo y totalitarismo se desvanece cuando en el mundo existe una gigantesca conspiración que amenaza con fagocitar a los ignorantes, los indiferentes y los negligentes. El proceso de igualar la franca oposición contra la cruzada anti-subversiva a la ignorancia y el escepticismo, hizo desaparecer rápidamente a la neutralidad entre la ultra-derecha y la insurgencia. Nadie mejor que el general Ibérico Saint-Jean para reflejar la dimensión del enemigo: el general afirmó que había que matar, amen de los insurgentes, a «...los que colaboran con ellos, luego a los indiferentes, y finalmente a los tímidos.»[22] Al margen de disminuir considerablemente la violencia extrema que, en los 70 acompañaba a esta fraseología, permanece aún hoy la misma disposición que puso en marcha a la brutalidad.

En efecto, la violencia continúa siendo en la Argentina de los 90 un atractivo para una gran parte de la ciudadanía. Este atractivo comprende a muchos de quienes se manifestaron abiertamente partidarios de juzgar y condenar a militares por la violación de derechos humanos. Esto se hace evidente en la reacción de figuras públicas frente a desafíos políticos de la oposición. El éxito obtenido por políticos con soluciones autoritarias y la aceptación de la violencia policial han hecho patente esta misma disposición.

Entrados los 90, la retórica oficial resuena aún con frases dictatoriales. En julio de 1992, por ejemplo, el presidente Carlos Menem afirmó que aquellos estudiantes que protestaron públicamente contra la política educativa podrían correr «la suerte de los desaparecidos de la dictadura militar.»[23] De similar manera, en 1994 Menem acusó a periodistas que cubrieron la noticia de un conscripto muerto a causa de un ejercicio militar abusivo, de «promover la lucha de clases» y de provocar la «división entre las fuerzas armadas.»[24] Con la misma oratoria de sus predecesores militares, Menem

(20) Sobre el origen de esta expresion, Jaime Malamud Goti, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice,* 1996, University of Oklahoma Press, capitulo 3.

(21) Ver Paul Lewis, «The Right and Military, 1955-1983», in *The Argentine Right: Its History and Intellectual Origins, 1910 to the Present,* compilada por Sandra McGee y Ronald H. Dolkart, A Scholarly Resources Inc. Imprint, Wilmington Delaware, 1993, pg. 147-180.

(22) Ver Carlos H. Acuna and Catalina Smulovitz, «Ni Olvido ni Perdon: Derechos humanos y tensiones civico militares en la transicion argentina» (documento presentado al XVI International Congress of Latin American Studies Association, Washington DC, 4-6 de abril, 1991), Buenos Aires, CEDES, 1991.

(23) Ver periodico de Buenos Aires Buenos Aires Herald, julio 10 de 1992.

(24) Ver periodico de Buenos Aires *Clarin*, abril 30 de 1994, p. 10.

agregó que esos sectores que ahora promueven la investigación del caso del conscripto habrían permanecido silenciosos frente a la violencia de la extrema izquierda.[25] Armada con el lenguaje extremadamente autoritario de sus colaboradores, la fraseología escogida por el presidente no es de por sí incompatible con una democracia efectiva. Lo que sí parece irreconciliable con el disenso democrático fue la deserción atemorizada de la mayoría de los protagonistas de las protestas. Inmediatamente después de la denuncia del presidente, las demostraciones «subversivas» se encogieron a menos de un tercio. Los periodistas optaron también por abandonar por un tiempo la información sobre asuntos ocurridos en los cuarteles.

El agosto 14 de 1993 la violencia tolerada para-estatal resurgió en la vida pública argentina. Al inaugurar el presidente Menem la feria de la Asociación Rural, una banda organizada asaltó a un grupo de espectadores que lo abucheaba por el modelo económico de su administración. Sufrieron también ataques los periodistas que cubrían el evento y algunos de ellos presenciaron impotentes como matones estrellaban sus cámaras contra el piso. Un recordatorio de las tácticas de la «guerra sucia» del período militar, el área donde se encontraba el presidente se había transformado en «zona libre» donde los matones gozaban de la misma impunidad que los «grupos de tareas» operando en los 70 contra la llamada «subversión.» Ningún agresor fue detenido a pesar de que, cabe suponer, había mas que suficiente personal policial en el lugar.[26] Probablemente por el estilo empleado, algunos investigadores llegaron a suponer que, entre los agresores habrían habido civiles que acompañaron a los militares a secuestrar y asesinar. Como colofón, dos periodistas que investigaban el episodio fueron también objeto de ataques intimidatorios. Uno de ellos sufrió lesiones graves y el otro heridas deformantes en el rostro. Lo mas grave de este episodio fue que ni Menem ni Eduardo Duhalde, entonces vice-presidente mostraron la mas mínima preocupación. Estos se limitaron a atribuir la violencia a las «pasiones políticas que, como el tiempo frío, pronto desaparecen.»[27] Pero no fueron sólo el presidente y su segundo quienes se mantuvieron impertérritos. Testigo presencial del hecho, Alberto Brito Lima, ex-embajador argentino en Honduras, afirmó que la conducta de los atacantes era «la reacción lógica frente a los injustos informes de la prensa.»[28] Hay quienes afirman que Brito Lima estuvo entre los civiles que masacraron a peronistas de izquierda al regreso de Juan Perón a la Argentina en 1973.[29] De esta manera, la aseveración de Brito de que «algo habrán hecho (las víctimas) para provocar la paliza» no debe tomar a nadie por sorpresa. Brito Lima no fue el único en pensar de esta manera; el secretario de agricultura, Felipe Solá, por ejemplo, alegó que las lesiones fueron «causadas por quienes ...querían insultar al presidente.»[30]

Además de las «zonas liberadas» como la Exposición Rural y de ciertos modos peculiares de inculpar a la víctima, hay

(25) Idem.

(26) Periodico de Buenos Aires Pagina 12, agosto 14 y 15 de 1993; La Nacion, Buenos Aires, agosto 19, 1993 p. 7.

(27) Ver James Neilson, «La lucha es cruel», revista Noticias, Buenos Aires, September 12 1993, p. 76.

(28) Pagina 12, agosto 18 de 1993, p. 2.

(29) Ver Eugenio Mendez, *Confesiones de un montonero: La otra cara de la historia,* Sudamericana-Planeta, Buenos Aires, 3a edicion, 1986, p. 81.

(30) Noticias televisadas en agosto 16, 1993.

otras manifestaciones pro-dictatoriales frente a la violencia. La primera es el éxito electoral de militares que desempeñaron roles claves durante el apogeo del terrorismo de estado; la segunda, la tolerancia frente al uso de la tortura. Tomemos el caso del éxito electoral del General Domingo Bussi y del Coronel Ruiz Palacios. En su condición de delegado del gobierno militar en la provincia de Tucumán durante el regimen de 1976-1983, el primero es sospechado de ser el oficial responsable de ejecutar sumariamente a prisioneros en ese periodo.[31] El afecto de Bussi por los metodos políticos violentos no se agota aqui. El general ha sido acusado repetidamente señalado por haber extorsionado a industriales y comerciantes para hacerse de recursos financieros. A pesar de estos métodos (o quizá gracias a ellos) Bussi triunfó en su campaña electoral, siendo elegido gobernador de Tucumán en la última eleccion. Un fenómeno similar es el del Coronel David Ruiz Palacios quien, durante el último gobierno militar, tuvo a su cargo la Policía Federal. Ruiz se postuló como candidato a gobernador en la provincia del Chaco y, en las últimas elecciones, las encuestas lo consideraron ganador. Cuando razones formales impidieron su eventual designación, el coronel designó a dedo a su substituto quien truinfó con la mayor facilidad.[32]

En la década de los 90, una porción significativa de la población acepta el uso de la tortura. Esta aceptación es alarmante porque exhibe una clara contradicción. Numerosos patrocinantes de los juicios a militares por torturas y asesinatos aceptan ahora los mismos métodos con el pretexto de proteger» a ciudadanos decentes de la criminalidad callejera.» No hace mucho, la población presenció una numerosa manifestación en contra del encausamiento del oficial de policía Luis Patti. Patti debía enfrentar la acusación de torturar cruelmente a ciertos presos sometidos entonces a investigación.[33] En señal de apoyo al policía los peritos médicos declararon en favor de Patti, alegando que este podía bien ser la víctima de una celada. Los detenidos supuestamente torturados - alegaron los peritos- bien pudieron lesionarse para incriminar al oficial. Mas aún, los sospechosos pudieron, para comprometer a Patti, «hasta aplicarse descargas de electricidad.» Un periódico de Buenos Aires afirma que la opinión pública en el país está dividida entre quienes consideraban a Patti un torturador y quienes veían en el a un protector de la seguridad.[34] En los distritos en que prestara servicios, la actuación violenta de Patti le valió la bendición de un sector social considerable. Transformado en figura pública, Patti fue el centro de eventos sociales, incluyendo un programa de televisión donde bailó el tango frente a millones de espectadores. Patti declaró entonces que «no sólo hacia bailar a otros sino que bailaba el también»[35]: era una macabra alusión a sus propias actividades, pues, en la jerga argentina militar y para-militar «bailar» quiere decir padecer un sufrimiento infligido.

(31) Entre la informacion de primera mano, pude entrevistar a un alto oficial de la Gendarmeria Nacional a mediados de 1992 en Salta, Argentina.

(32) *Ver* PAGINA 12 cit., Buenos Aires, agosto 16, 1991, pg. 7.

(33) PAGINA 12 cit. Sept. 14, 1990 p. 7.

(34) Periodico Ambito Financiero (Buenos Aires,) octubre 19, 1990, p. 4.

(35) Declaraciones de Patti al ser invitado a bailar en un show de television (Canal 9, show de Silvio Soldan, Buenos Aires.) El entonces vice-presidente de la Argentina, Eduardo Duhalde, destaco que Patti era un «modelo de policia.» *Ver* BUENOS AIRES HERALD, agosto 8, 1991, p. 11. *Tambien* PAGINA 12 cit. septiembre 14 de 1991, p. 7.

En todos lados hay policías sádicos y violentos y en todos lados gente que los justifica; pero la suerte de Patti fue específicamente argentina. Su reputación condujo al presidente Menem a asignarle prominentes misiones como la investigación del caso de Maria Soledad, una menor violada y eventualmente desaparecida. Ocurrido en la provincia de Catamarca, entre los sospechosos en este caso se encuentran prominentes políticos nacionales y provinciales. Como era dable de esperar, la investigación de Patti no obtuvo resultados y hay quienes lo acusan de auxiliar a fugarse a sospechosos.

Hay suficiente evidencia de que los juicios a militares no obtuvieron el propósito deseado. Me refiero a la retórica del presidente y de su clique, al atractivo político de oficiales militares que ocuparon cargos de responsabilidad durante las masacres de los 70, la presente indiferencia frente a la brutalidad policial[36], y el duradero impacto de las amenazas por parte de funcionarios públicos sugieren que los métodos autoritarios violentos prevalecen aún hoy. La sensación de fracaso, es necesario aclarar, no se origina simplemente en el hecho de que, bajo ciertas condiciones, la gente opte por métodos violentos, eligiendo a capitostes de la dictadura o elogiando la tortura. Lamentablemente estos fenómenos ocurren aún en sistemas unánimemente considerados democráticos. Lo que indica que los juicios no inculcaron el supremo valor de la dignidad humana es conceptual. La frustración radica en el hecho de que, muchos de quienes desfilaron en favor de los juicios de derechos humanos del 85 apoyan ahora prácticas análogas a aquellas objeto de esos juicios, sin siquiera advertir la contradicción. Es en punto a esta cuestión que los juicios no cumplieron con su misión: la de enseñar a la sociedad que algunas de las cosas que le hacemos a la gente no son justificables salvo, quizá, en casos de extremísima necesidad. Es importante notar que la disposición popular respecto de la violencia y la contradicción señalada indican que el déficit de los juicios es, respecto de la población, intelectivo.

8. El fracaso de los juicios

El fracaso de los juicios no radica en deficiencias del efecto emocional de las condenas, quiero decir, de la satisfacción de fines retributivos. Cabe señalar que, de acuerdo a la distinción entre los aspectos emocionales e intelectivos de las condenas, la deficiencia de los juicios están entre los últimos: establecer quien tiene razón y cuáles son los hechos y principios relevantes en la adjudicación de esta razón. Es en punto a esta cuestión que surgen las causas del fracaso de los juicios, como instrumento pedagógico en materia de derechos humanos. Estas razones son tres. Primero, al ofrecer una imagen del mundo consistente en culpables e inocentes, los tribunales reprodujeron la perspectiva según la cual el mundo está integrado por amigos y enemigos. Segundo, para esta lógica bipolar, cualquiera haya sido su intervención, son *inocentes* aquellas personas no declaradas culpables de generar y fomentar las condiciones en que imperó el régimen del terror. Tercero, al ser los juicios penales restrictivos en la elección de acusados, ellos contribuyen a re-inventar la historia, al centrar la imputación de delitos (exclusivamente) en un grupo social definido: los militares. Esto llevó, por un lado, a generar la

(36) Ver, por ejemplo, el trabajo de investigacion de Paul G. Chevigny en el que relaciona la brutalidad policial y su aceptacion social «Police Deadly Force as Social Control: Jamaica, Argentina and Brazil», en *Criminal Law Forum*, Spring 1990, Vol. 1 No. 3, p. 389-425.

imagen del chivo expiatorio, sobre todo con la transformación de muchos de los aliados de los 70 en acusadores en los 80. Estas razones contribuyen al resentimiento de los acusados por considerarse víctimas; y a la hipocresía de muchos de los acusadores. Esta generalizada hipocresía surge a mi entender de las contradicciones mismas de la práctica de inculpar.

Los tres factores negativos de los juicios explican por que, en fragmentadas sociedades post-dictatoriales, los juicios de derechos humanos tienden a erosionar la misma autoridad democrática para cuya fortalecimiento fueron diseñados. En la siguiente sección me ocupo del tercer efecto, la noción de la inculpación y de la contradicción señalada: la de manifestarse estrepitosamente por el castigo de torturadores y otros abusos por un lado y, por el otro, apoyar idénticas violaciones. Sostengo que la aparente plausibilidad de celebrar los juicios como medio para producir cambios en comunidades aterrorizadas se ve en gran medida desplazada por los efectos negativos de esos juicios y que, afirmo, surge de la práctica social de inculpar.

9. Terrorismo de estado y la práctica de inculpar

He mencionado la manera en que la sociedad ha adoptado prácticas brutales de control; queda ahora pendiente una breve referencia a la modalidad del poder político en el que la comunicación entre los ciudadanos -y entre estos y el gobierno- aparece distorsionada por la incertidumbre propia del manejo del terror. Es claro también que, lejos de coordinar las acciones de individuos o grupos de individuos, el poder político en un estado terrorista, se centra en desbaratar la acción concertada de los opositores. Solamente esta acción de desbaratar cumple con la misión de retener el poder por parte de quienes conciben la realidad como una vasta confabulación «subversiva.»

La confusión que resulta del terror torna difícil al gobierno, si no imposible, la organización de la polis. Un estado terrorista cuenta con un espacio muy reducido para articular acciones individuales en la consecución de fines colectivos. El terror, vivido como la violencia impredecible disloca las comunicaciones ya sean estas horizontales, entre los ciudadanos, o verticales, entre estos y el gobierno. La falta de obediencia, tanto la basada en el respeto por las instituciones como en el temor al castigo, altera sensiblemente la modalidad del poder político. En esta situación, en la que el gobierno se empeña en destruir lo que sus funcionarios perciben como una vasta conspiración subversiva, la única herramienta consiste en el ejercicio del control a través de administrar la violencia de modo impredecible. Este proceso solo puede producir escaladas de esa misma violencia pues el decreciente poder organizador demanda un uso creciente de la coerción directa. La prueba de este proceso surge de la permanencia del estado de sitio impuesto por Isabel Peron en 1974 hasta las elecciones de 1983. La ampliación de las facultades del gobierno propias de un estado de emergencia indicaron la conveniencia de mantener el estado de sitio hasta largo tiempo después de la proclamada «victoria sobre la insurgencia.» En efecto, mientras la primera ocurrió en 1978, el cese de la formal situación de emergencia tuvo lugar al celebrarse las elecciones generales de octubre de 1983.

La percibida necesidad de apelar a la violencia y los miles de personas torturadas y desaparecidas inculcó la creencia popular según la cual, en la Argentina, el padecimiento de la violencia es un

hecho de la vida misma. La inevitabilidad del dolor fue -y lo es todavía hoy- una explicación de por que la población desplazo el origen de este sufrimiento de los autores hacia las víctimas mismas de la brutalidad. Esta nueva modalidad de inculpar constituyó una parte substancial de la ideología imperante en la incertidumbre del terror.

Para los teóricos políticos y morales la práctica de inculpar juega un rol importante en una democracia basada en derechos. En una comunidad de esta naturaleza los individuos valoran las elecciones de vida -propias y de terceros- frente a la interferencia de terceros[37], incluyendo al estado mismo. Transformamos nuestra frustración en inculpacion cuando, por transgredir las reglas de esta sociedad, ciertos individuos dañan a otros. De esta manera, al inculpar a los autores, intentamos generar un sentido de responsabilidad tanto entre estos perpetradores como en los otros miembros de la comunidad. La coincidencia en la ciudadanía sobre la persona que carga con las culpas que fortalece los vínculos de solidaridad.[38] Como un vehículo para el control, la inculpacion comunica nuestra desaprobación por las acciones lesivas. A su vez, convertimos en persuasión la indignación que estas acciones perjudiciales provocan. Al inculpar a aquellos que infringen nuestros derechos, comunicamos a la sociedad que estas acciones no deben repetirse, al tiempo que damos razones al infractor para convencerlo de que ha pisoteado nuestros valores, valores que el o ella deben adoptar si son racionales.[39] Esta forma ideal de inculpacion está hondamente arraigada en nuestras prácticas de dos maneras: primero, al denunciar a aquellos que quebrantan nuestras reglas sociales; segundo, segundo, al convencer a quienes nos han dañado a nosotros o a terceros que merecen una condena. Así, aunque basado en hechos pasados, la inculpacion está orientada también hacia el futuro en tanto su práctica, especialmente a través del castigo criminal, constituye un incentivo para que los transgresores y sus posibles imitadores respeten nuestros valores e instituciones si son justas.[40] Para esta versión idealizada, la inculpacion fortalece la autoridad de las reglas y prácticas legales. Así, las nociones de inculpacion y de castigo, a así que frecuentemente conectamos a la primera, son solo un ideal moral.

Asignar calidades morales a la inculpacion presupone que podemos identificar claramente a aquellas acciones que causan daños. Este proceso de identificación de aquellos moralmente responsables de perjudicar a otros es típicamente el caso de la transgresiones «culpables» en el derecho penal. Basada en la lógica dual de «culpables» e «inocentes», la legislación penal provee parámetros claros para establecer cuales acciones son relevante en la provocación de ciertos resultados. Mas allá del ámbito del derecho penal, sin embargo, el tema de la responsabilidad moral está, en tér-

(37) John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice,* Oxford University Press, 1990, Capitulor 7.

(38) Ver David Garland, *Punishment and Society: A Study in Social Theory,* The University of Chicago Press, 1990, capitulo. 3.

(39) Ver Thomas Scanlon, «The Significance of choice» en *Equal Freedom,* Compilado por Stephen Darwall, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1995, p. 39-104.

(40) Ver Marion Smiley, *Moral Responsibility and the Boundaries of Community: Power and Accountability from a Moral Point of View*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1992, p. 177.

minos generales, sujeto a desacuerdo, negociación y cambio permanente.[41] A pesar de retener su fachada moral, la práctica de inculpar se ha venido modificando de tiempo en tiempo, de la misma manera en que lo han hecho las nociones de daño, acusación y responsabilidad moral como nociones opuestas a la de «accidente» que normalmente nos ocurre.[42] Mas allá de la práctica del derecho penal, las explicaciones que colocan la culpa en un solo factor interviniente en un proceso son normalmente consecuencia de una sobre-simplificación de los eventos.[43] Como principio general cabe afirmar que, a diferencia del razonamiento jurídico-penal, cuanto mas factores encontremos como antecedente del sufrimiento, mas realistas seremos en comprender este sufrimiento. Al definir la realidad como una de «amigos o enemigos,» la mente autoritaria se predispone a sobre-simplificar las nociones de culpa y de «víctima inocente.»

Un estado terrorista modifica drásticamente las relaciones entre culpa, inculpacion y la transgresión de reglas de moralidad explícitas. Silenciar nuestra indignación frente a la brutalidad se transforma en una característica social estructural porque nuestra indignación consciente contra la violencia estatal es demasiado dolorosa y arriesgada como para expresarla a otros. Mas aún, el sentido de inevitabilidad despoja a la práctica de inculpar de su función de inhibir futuras acciones dañosas.[44] La inculpacion deja así de ser un mecanismo de control social basado en la moralidad; al menos en el sentido de compeler a otros a observar principios y reglas convenidas en general. Como consecuencia de este proceso disociador, la sociedad argentina desarrolló el hábito de mirar hacia la víctima de la represión como el objeto de esta inculpacion. Con las palabras de Barrington Moore, el régimen terrorista había «expropiado» a los ciudadanos su indignación moral.[45] En consecuencia, la angustia provocó en la gente un de cambio de foco de los autores a sus víctimas.

Esta visiblemente extraña práctica de desplazar el objeto de la culpa está impecablemente descripta en *Nunca Mas.* El prologo de este libro transmite el sentimiento generalizado de desprotec-

(41) Marion Smiley, op. cit. nota 39 p. 167.

(42) La misma nocion de inculpar esta conectada estrechamente con la nocion de poder. Ser golpeado por un rayo, por ejemplo, es visto, en condiciones normales como un mero accidente. Esta calificacion cambia, no obstante, si la victima del rayo es el emperador, el Papa u otra persona en una situacion de gran poder. En este caso, podremos averiguar que las personas a cargo de cuidar a la victima la han descuidado por no hacer suficientes averiguaciones meteorologicas. De esta forma, la cuestion de si es un accidente o una infraccion culposa o aun dolosa dependerá de consideraciones evaluativas para las cuales tendra singular importancia el status normativo de la victima. (Esta cuestion esta muy bien planteada por Judith Schklar, *The Faces of Injustice,* Yale University Press, New Haven and London, 1988.)

(43) Watzlawick, Paul; Weakland, John H., y Fisch, Richard, *Change: Principles of Moral Formation and Problem Resolution,* W.W. Norton and Company, New York-London 1974, p.45.

(44) Para el concepto de daño propongo la nocion basica de limitar o cercenar la autonomia personal o la dignidad de una persona, o causarle a esta una cierta cantidad de dolor (ver Carlos S. Nino, *Etica y derechos humanos: un ensayo de fundamentación,* 2a edicion, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.)

(45) Ver Barrington Moore Jr., *Injustice: The social Basis of Obedience and Revolt,* M.E. Sharpe, New York, 1978, p. 500.

ción. «En cuanto a la sociedad, iba arraigándose la idea de la desprotección, el oscuro temor de que cualquiera, por inocente que fuese, pudiese caer en aquella infinita caza de brujas, apoderándose en unos el miedo sobrecogedor y de otros una tendencia consciente o inconsciente a justificar el horror: «Por algo será» se murmuraba, se murmuraba en voz baja, como queriéndose así propiciar a los terribles e inescrutables dioses, mirando como apestados a los hijos o padres del desaparecido. Sentimientos sin embargo vacilantes, porque se sabía de tantos que habían sido tragados por aquel abismo sin fondo sin ser culpables de nada; porque la lucha contra los «subversivos», con la tendencia que tiene toda caza de brujas o de endemoniados, se había convertido en un represión demencialmente generalizada, porque el epíteto de subversivo tenía un alcance tan vasto como imprevisible. En el delirio semántico, encabezado por calificaciones como «marxismo-leninismo», «apátridas,» «materialistas y ateos», enemigos de los valores occidentales y cristianos», todo era posible, todo era posible: desde gente que propiciaba una revolución social hasta adolescentes sensibles que iban a las villas-miseria para ayudar a sus moradores...»[46]

Muchos individuos recuerdan la manera en que, en la Argentina de 1976, la sociedad desarrollo la práctica generalizada de comprender la violencia como si esta fuese inherente a la víctima.[47] La práctica corriente de inculpar a la víctima por su participación conjetural en «algo» es comparable al estilo machista de describir la violación partiendo del supuesto peso de la seducción de quien padece la violencia. La mujer es frecuentemente sospechada de «causar» su propia violación por expresar con movimientos y actitudes sus propias apetencias sexuales. Así, la inculpacion sirvió a la conocida opinión autoritaria según la cual el concepto de «derechos humanos» era un instrumento al servicio de aquellos que amenazaban con destruir «los valores básicos de la Patria.» Solo aquellos que simpatizaban con la subversión condenarían al régimen militar o, peor aún, gestionarían ante foros internacionales la condena del gobierno argentino. Después de todo, la comunidad argentina había caído en la cuenta de que sólo los mal-intencionados, los torpes y los estúpidos eran el objeto de la violencia estatal.

Al inculcar en la ciudadanía la interpretación del mundo dividido en «culpables» e «inocentes,» los juicios penales re-generaron un esquema bipolar, análogo al de «si no estás conmigo estás en contra mía.» Así como la noción de «subversión» había dividido a la comunidad entre cruzados y «conspiradores marxistas», esta misma sociedad estaba polarizada, ahora por la inculpacion institucionalizada, ahora, en el ambiente social de mediados de los 80, entre «culpables» e «inocentes.» El aspecto mas atractivo de los juicios -

(46) Del Prologo a *Nunca Mas: Informe de la Comision Nacional Sobre la Desaparicion de Personas,* Editorial Universitaria de Buenos Aires, edicion No 14, 1986, p.9.

(47) Por ejemplo, Marcelo Suarez-Horozco, «The Grammar of Terror: Psychocultural Responses to State Terrorism in Dirty War and Post-Dirty War Argentina, en *The Paths of Domination, Resistance and Terror,* Compilado por Carolyn Nordstrom and JoAnn Martin, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1992, p. 219-259.

(48) Ver en relacion a este punto, Hannah Ahrendt, *A Report on the Banality of Evil: Eichmann in Jerusalem* (edicion corregida y aumentada), Penguin Books, 1977, p. 226.

establecer una verdad común limitando los hechos relevantes a aquellos que permiten inferir la culpabilidad juridico-penal, fue, paradójicamente, el aspecto mas débil. Esta debilidad yace en la sobre-simplificación de la historia, para la cual no hay terreno neutral entre la inocencia y la culpabilidad.

He explicado hasta aquí la manera en que, con el propósito de evitar la imitación de conductas perjudiciales, inculpamos a otros en un intento de convencerlos de que nos han dañado injustamente. También he explicado como, en el contexto argentino, la práctica de inculpar surgió de emociones diferentes de la confianza en -y del respeto por- nosotros mismos. Al convencer a quien ha transgredido nuestros valores de que ha obrado mal, tratamos al transgresor inculpado como un fin en sí, como un agente moral, como nuestro igual, que merece le demos las razones de nuestra indignación. A la inversa, abandonamos el reino de los fines al colocar la culpa en los desaparecidos y los torturados, como pertenecientes a una especie diferente de la nuestra. Transformamos a la inculpacion en una práctica egoísta o centrada en nosotros mismos.

A diferencia de la inculpacion y la pena en un sentido estricto, la venganza no requiere que demos razones convincentes para el dolor que causamos. Para esto basta nuestro resentimiento. En la Argentina de los 70, la práctica de inculpar persiguió satisfacer el auto-interés de los inculpadores: en un esfuerzo por disminuir nuestra angustia y nuestra frustración, el uso de la inculpacion se transformo en un mecanismo para circunscribir implícitamente la violencia dentro de un sector definido. Similarmente a nuestra inculpacion de los desaparecidos, esta misma práctica en la Argentina de la «post-guerra-sucia» recayó sobre una clase segregada de la comunidad; para explicar su sufrimiento la población modifico sus miras de los militares a otro factor mono-causal. En los 70, la inculpacion no fue ni la expresión de nuestra indignación moral ni un medio para identificar a aquellos que usaban la violencia en contra de nuestra vida y libertad. Inculpar consistía, en cambio, en la manipulación de nuestras profundas emociones retributivas con el fin de lograr tres resultados posibles. Primero, nos hizo sentir menos culpables por no socorrer a las víctimas de la brutalidad. Segundo, nos permitió neutralizar la vergüenza por renunciar a nuestros vínculos y asociaciones «peligrosas» con los indeseables. Después de todo, la inculpacion nos condujo a creer que su sufrimiento era la consecuencia de su propio carácter. Tercero, calmo nuestra angustia. Al concebir el castigo como un acto fundado en la características o acciones especificas de quienes lo sufrieron, amortiguamos el terror de ser los próximos en la lista de las víctimas. La censura (inculpacion) contribuyo a fortalecer la solidaridad colectiva solo en el sentido de alejar culpas, vergüenza y angustia generales.

10. Hacia adelante al pasado; y hacia atrás hacia el futuro

Debería quedar claro ahora que la aspiración común de castigar a los militares expresaba la necesidad calificada y popularmente compartida de promover la solidaridad social. La presente aceptación de la brutalidad policial y el éxito electoral de ex-miembros de la dictadura militar fortalece mi creencia de que el afán de castigar carecía de relación con la promoción de la dignidad de los ciudadanos. Las emociones retributivas detrás de las marchas y las protestas públicas, se puede conjeturar, fueron dirigidas a lograr la clase de solidaridad que el país experimentó durante el régimen militar. En 1978, por

ejemplo, las Madres de Plaza de Mayo fueron incesantemente insultadas por dañar la «imagen» internacional del país durante el Mundial de Futbol celebrado en la Argentina. Durante este evento, el desfile de las Madres, denunciando la desaparición de sus hijos fue visto como algo cercano a la traición. Interpretado de la misma forma, los organismos de derechos humanos, «husmearon (en 1979) en los asuntos internos» de la Argentina. Esto provoco que los habitantes del país ostentaran calcomanías con la leyenda «los argentinos somos derechos y humanos.» Las campaña por lograr el castigo de militares debe ser observada bajo la misma luz.

La verificación de que las emociones detrás de los juicios no son el sentimiento de justicia o el anhelo de recuperar la dignidad y promover la responsabilidad individual presenta nuevas dudas. Se podría sugerir que la celebración de los juicios es preferible a la pasividad; mientras que no hacer nada confirmaría nuestra impotencia, sentar a los generales en el banquillo de los acusados revelaría a la comunidad su poder. Al «humillar» a quienes nos humillaron aprenderíamos mas sobre nuestros derechos.[48] Si bien no tengo argumentos para oponer a esta línea de razonamiento, creo necesario advertir que los «juicios humilllantes» tienen serios inconvenientes. Al centrar la responsabilidad en un grupo muy pequeño y definido de transgresores de nuestros derechos humanos, los juicios amenazan con transformarse en el instrumento formal con que destruimos la misma noción de responsabilidad que intentamos afianzar. La consecuencia directa de los juicios criminales de 1985 es que al poner en marcha mecanismos vindicativos de inculpacion, ellos absolvieron a los civiles que marcharon con los militares. En forma tácita los juicios desplazaron a estos civiles del banquillo de los acusados al estrado de los acusadores. Basados en la lógica dual de «culpables o inocentes,» los juicios contribuyeron a reforzar la convicción de que quienes no fueron procesados o condenados son simplemente inocentes.

El lado oscuro de los juicios presenta el siguiente dilema: el primer cuerno fue diluir la responsabilidad a través del expediente de considerar que un vasto sector de la comunidad habría de compartir la responsabilidad por la violencia. La primera alternativa significó transformar a los tribunales en un escenario en el cual, al escoger un surtido de ciudadanos representativos, la sociedad se castigaría a sí misma al juzgar meras «muestras» de un segmento de la población muy numeroso: si todos somos responsables, entonces nadie lo es verdaderamente. Al optar por el otro cuerno del dilema habríamos castigado, como en realidad lo hicimos, solo a un puñado de transgresores por lo que consideramos horrorosas violaciones de los derechos de las personas. En este último caso, los ex-aliados de los acusados se vieron libres de volverse acusadores. En efecto, aquellos que apoyaron al régimen militar hasta el debacle económico de 1979[49] o la absurda guerra de la Falkland\Malvinas en 1982, se vieron entonces habilitados para levantar el dedo acusador. Este viraje, percibido por los militares como una auténtica traición, confirmo la tesis conspiratoria y su corolario de «aliados o enemigos.» Los militares y sus aliados de ultra-derecha se vieron entonces asediados por una conspiración aún mas vasta. Miembros de esta confabulación habían fingido ser aliados hasta el momento oportuno parar mostrar los colmillos. Estos antiguos y supuestos

(49) Ese fue el año en que en la Argentina se liquidaron numerosos bancos y empresas financieras como consecuencia de la politica financiera identificada con Jose Martinez De Hoz, entonces ministro de economia.

aliados apoyaban ahora la política de la venganza. En efecto, los militares sintieron que, los mismos que los alentaron a «aniquilar la subversión»[50] para restaurar el orden, los habían vuelto ahora repositorios de toda la violencia del país de los últimos tiempos. La modalidad autoritaria monocausal, empleada ahora para explicar los orígenes de sus miserias dejo de consistir en inculpar a las víctimas; la causa única era ahora los militares.[51] Esta disposición para volverse en contra de los militares debe haber contribuido a la declaración del ex-General Jorge Videla quien, en 1993, ventilara su convicción de ser un chivo emisario,[52] el blanco de la venganza colectiva.

La crueldad de muchos civiles y su actitud pro-dictatorial fue dejada a un costado conforme a la percepción de los militares, para quienes toda la brutalidad de los años recientes había sido depositada en el umbral de su puerta. El remordimiento, la vergüenza y hasta la posible reflexión sincera, quedaron todos sumergidos en el resentimiento de considerarse objeto de la venganza por ser, como ellos lo entendieron, meramente miembros de las fuerzas armadas. La percepción de ser objeto de la vindicta colectiva libero a estos oficiales de un sentido mínimo de responsabilidad moral por sus propias acciones (y omisiones) individuales. La percibida traición de sus mismos antiguos aliados -vueltos ahora acusadores- eclipso el énfasis del gobierno civil puesto en el hecho de que los juicios no se centraron en los militares como tales sino en aquellos oficiales involucrados en el diseño de la campaña terrorista o en la comisión de crimenes atroces.[53] Así, como forma de inculcar el sentido de responsabilidad individual, la política de los juicios fue perjudicada por la misma naturaleza bi-polar de los mismos juicios.

La persistencia de la explicaciones mono-causales sugiere, como lo demuestra el caso Patti, que la población apoyara nuevamente los métodos terroristas de estado si las condiciones de fondo del país se deterioran. El atractivo electoral del General Bussi y el Coronel Ruiz Palacios también indica que el deseo de una *mano fuerte* para reestablecer el orden puede llegar a ser tan intenso como lo fue en la década de los 70. La aproximación mono-causal invita a formular la analogía entre los «subversi-

(50) Esta fue la terminologia empleada por el gobierno de Isabel Peron y su fugaz reemplazante Italo Luder en 1975, al ordenar a los militares dirigir la represion. Esta terminologia fue objeto de debate en el juicio de los comandantes de las tres fuerzas en 1985. Los abogados esgrimieron el hecho de que los miembros de las juntas habian obedecido la orden de «aniquilar a la subversion.» El absurdo de esta defensa lo revela el hecho de que, en marzo de 1986, estos militares voltearon al gobierno de Isabel Peron.

(51) Es interesante destacar que, a fines de 1983, apenas se hizo cargo del gobierno, el presidente Alfonsin dio expresas instrucciones de procesar a militantes del ERP y Montoneros aunque algunos de los habian desaparecido o abandonado el pais. El presidente ordeno tambien encausar a algunos civiles de ultra-derecha entre los que habia politicos y gremialistas. De hecho, esta iniciativa merecio un minimo interes popular y, al asignarles los fiscales y jueces sumariantes una importancia minima tambien los procesamientos cayeron en el olvido. Hubo unas muy pocas excepciones como fue el caso de Jose Lopez Rega, otrora el brazo derecho de Peron.

(52) Ver Jorge Grecco, Buenos Aires, diario *Clarin*_(noviembre 11, 1993) citando al ex-general en un discurso pronunciado ante oficiales retirados del ejercito.

(53) Estas categorias surgen de toda la documentacion y proyectos elaborados por el gobierno entre diciembre de 1983 y 1984, poco antes de dictar sentencia la Camara Criminal Federal de Buenos Aires.

vos» de los 70, y los ladrones y asaltantes de los 90. Esta lógica está basada en la aproximación aún imperante de «si no estás conmigo estás en mi contra.»

La aproximación mono-causal soslayo el hecho evidente de que la dictadura militar y todo lo que la acompaño había sido un fenómeno aislado del «país real».[54] La presente tolerancia de la violencia indica que la aspiración colectiva de castigar a los militares violadores de derechos humanos omitió promover suficientemente el respeto a la personas como un ingrediente necesario de la pena como castigo «real y desprejuiciado» destinado a lograr una democracia basada en derechos. Colocar la culpa en un sector social único tiene sus «ventajas.» Al rehusarse a considerar el hecho doloroso de que el terrorismo se origino en las entrañas mismas de la comunidad, el mecanismo mono-causal hizo posible que la población alejara de si su propia culpa y su vergüenza por su pasividad ante el sufrimiento. Parece obvio señalar que mirar al sufrimiento como la consecuencia de actividades de un sector social bien definido significa re-escribir la historia argentina. En algún sentido, la culpa de muchos militares por el terror que implantaron neutraliza su vocación de ser considerados «chivos emisarios,» de ser ellos mismos las víctimas de la violencia vengativa. Parece válido sostener, no obstante, desde una perspectiva mas amplia, que los militares debían cargar frente a la comunidad toda la violencia de una sociedad autoritaria: al lado de los actos vergonzosos de mucho militares se encuentran las no menos vergonzosas acciones de muchos civiles.

Impugnar la interpretación del pasado reciente explicando *la causa* de la brutalidad invita a cuestionar los verdaderos motivos existentes detrás del apoyo masivo a los juicios de derechos humanos. Parece claro que, cualquiera sea su fuerza, la confianza puesta en los tribunales no descanso en el prospecto de una decisión imparcial sobre la responsabilidad de oficiales militares. La ausencia hoy en día de respeto por las decisiones judiciales se origina de la creencia general en la inflicción de sufrimiento bajo el rotulo de «pena» sin conceder en realidad a los tribunales la autoridad que transforma al sufrimiento en pena. No es difícil imaginar la reacción popular si los ex-generales Ramón Camps y Jorge Videla hubiesen sido absueltos porque la prueba aportada abonaba el hecho de que, por ejemplo, ellos hubiesen padecido un estado demencial transitorio. Parece entonces que la furia generalizada demostraría que la autoridad de los jueces no descansa en el respeto popular por al criterio de las decisiones. Este respeto, mas bien, recae en su poder de formalizar en el mejor estilo legal, una previa decisión política de enviar a unos cuantos a la prisión.

11. Conclusiones

Queda aún mucho por decir en contra y en favor de los famosos juicios. Sin perjuicio de los argumentos por articular aún, los dos lados han presentados ya múltiples razones en contra y a favor. Los argumentos se fundan en principios políticos, estratégicos; hay idealistas y pragmáticos, ventajas y desventajas presentes y futuras. Como está planteado hoy, castigar a los miembros de ciertos grupos se mezcla irremediablemente con la menos aceptada nocion de la venganza. Hay que aceptar que, a pesar de todo, la estrategia de la impunidad es fuertemente contra-intuitiva y es difícil defenderla sin que suene a insincero, insensible o ambas cosas. Este terreno parece coincidir con el emotivismo ético. Si tuviese-

(54) Ver James Neilson, «Parque Jurasico,» revista Noticias, *Noticias* Buenos Aires, julio 18 de 1993.

mos que decidir bajo presión, es probable que nuestra respuesta quede a mitad de camino: entre castigar a un grupo de oficiales o no castigar a nadie en absoluto. La primera respuesta cae en el segundo cuerno del dilema. Quizá sea mas realista castigar también, levemente pero con la fuerza del estigma, a personas de negocios, tecnócratas, religiosos, estancieros y profesionales. La solución puede ser plausible si -y sólo si- podemos aportar buenas razones para individualizar a estas personas, eludiendo el primer cuerno del dilema. Es posible que la última estrategia señalada nos diga mas claramente cuales son las acciones mas graves: quienes son aquellos involucrados en planear y ejecutar crímenes aberrantes.

La experiencia en general enseña que, tarde o temprano se frustrarán las expectativas demasiado altas que, por una razón u otra muchos depositaron en los juicios. Lo que el tema parece señalar es que a esta altura resulta necesario pensar mas sobre la psique democrática y la justicia criminal.

La estrategia de juzgar a criminales de estado tiene flaquezas inevitables. Primero, la experiencia muestra la dificultad que presenta la selección de quienes habrán de ser juzgados. Establecer quienes son los moralmente responsables por transgredir derechos humanos en una sociedad aterrorizada genera un inevitable ingrediente de artificialidad. Al centrar la culpa en un limitado sector de la población, los juicios de derechos humanos re-inventan la historia. De esta manera, el significado de la «verdad» resultante, frecuentemente percibida como facciosa, es objeto de disputas insuperables. La insatisfacción general por los juicios de 1985 provino no solamente de los reos y sus defensores. Esta insatisfacción se origino también entre quienes abogaban por la vigencia de derechos humanos, como es el caso de las Madres de Plaza de Mayo y de organizaciones internacionales. Mientras los primeros afirmaron que los reos eran chivos expiatorios, los últimos se quejaron de ser los acusados solo un puñado, y las condenas muy poco severas. Lo que tienen en común ambas opiniones es la idea de que los juicios fueron «juicios políticos» por ser la sentencias demasiado benignas para unos, y «vengativas» para otros. Ninguno de estos grupos vieron en las condenas auténticos actos de «justicia.» En efecto, en lugar de impartir justicia con decisiones mas o menos aceptables, los tribunales fueron sospechados de adaptarse a las conveniencias políticas, tal y como fueran concebidas por el poder ejecutivo. De esta manera, en lugar de reforzar la poca autoridad con que contaban los tribunales, los juicios tuvieron el efecto contrario. En lugar de ofrecer una «verdad» común que permitiese reconstruir una sociedad fragmentada por distintas versiones históricas, los tribunales generaron un clima aún mas polarizante. La idea que unió a grupos pro-reos y pro-acusadores fue que los juicios eran una estratagema para crear consenso a costa de negociar principios demasiado importantes. Conforme a su concepción RT, las Madres pensaron que los jueces cohonestaron la idea de que la dignidad no era un elemento central en una sociedad democrática. Quienes justificaban a los militares, en cambio, se aferraron a la idea de que no puede justificarse castigar a un inocente. Lo que ambas facciones compartieron es la idea de que los tribunales no se habían pronunciado conforme a su misión de perseguir la «justicia.»[55] Estas

(55) Ver como ejemplo *Argentina: El ejercito que tenemos*, de Jorge Grecco y Gustavo Gonzalez, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pg. 140. A pesar de la ausencia de soporte empirico para defen-

interpretaciones provocaron aún mas fragmentación, la que se puso de manifiesto a través de toda clase de manifestaciones de rebeldía militar. Sostengo que, en una gran medida, el significado de los juicios fue acuñado por una forma especial de inculpar.

Para algunos, los juicios fueron una forma de «justicia» negociada; para otros implementaron una forma artificial de inculpar. Así, las sentencias incrementaron el antagonismo entre facciones sociales. El factor mas sorprendente de esta fragmentación de la opinión pública es que casi nadie, incluyendo a abogados y funcionarios públicos, acomodó su opinión a la luz de la sentencia que en diciembre de 1985 condeno a cinco comandantes militares, y absolvió a otros cuatro. Ni siquiera la decisión de la Corte Suprema misma, dictada un año después, fue relevante para modificar versiones individuales de la historia política argentina. La indiferencia de los ciudadanos frente a las decisiones judiciales demuestra que, en la Argentina, estas decisiones carecen de autoridad para establecer la «verdad» de los hechos relevantes y la significación de estos hechos. Así, las controversias sobre lo que debió hacerse en relación al estado terrorista, siguen vigentes sin la expectativa de que algún árbitro pueda resolverla. La esperanza de que la historia concite la concordancia es un mal consuelo para quienes piensan que esta concordancia es necesaria para evitar nuevas transgresiones.

der esta opinion, el libro, ganador del primer premio para «Ensayos e Investigaciones Periodisticas,» sostiene que se persiguio a militares por el solo hecho de ser miembros de las fuerzas armadas.