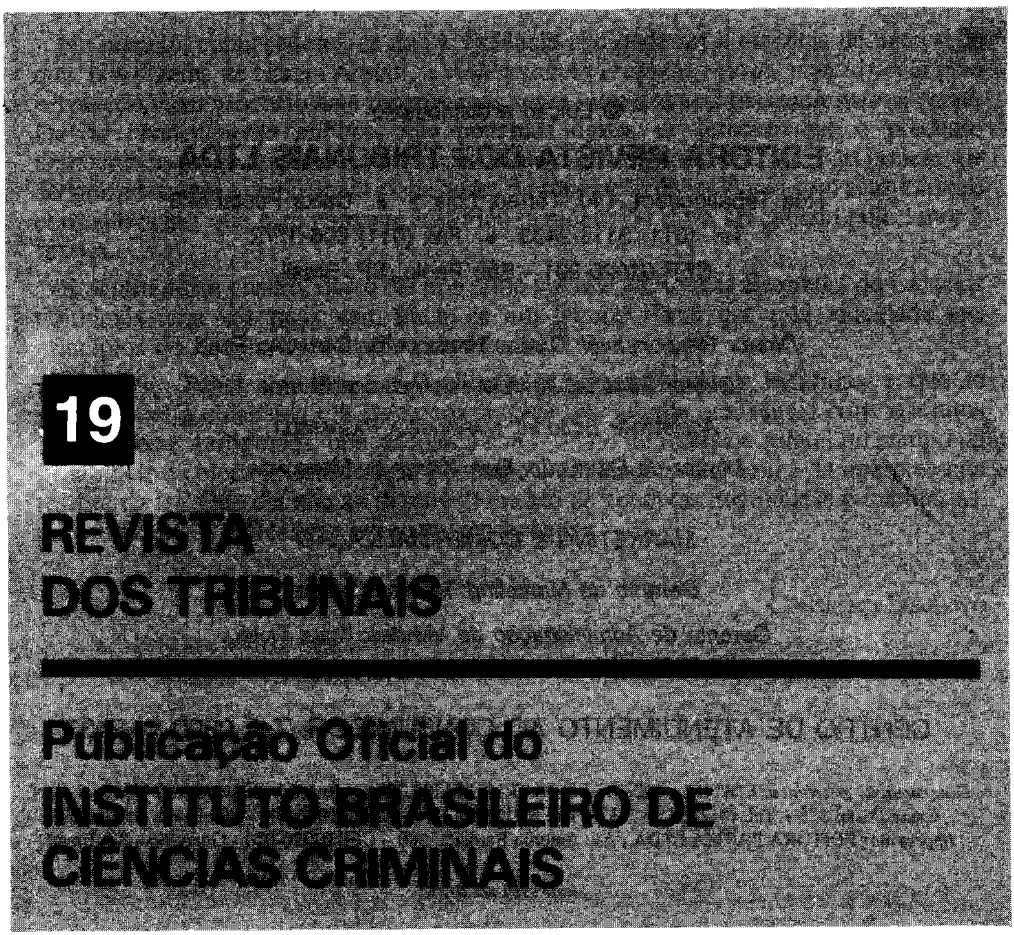
REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

ano 5 - n. 19 - julho-setembro - 1997



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

Trimestral – ANO 5 - n. 19 - jul.-set./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
Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS
Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE
Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

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

A violência do poder, a violência das ruas, a violência das casas, a violência institucional, a intimidação velada da violência, a violência imprevisível e onipresente, a violência da violência.

Estamos diante dela. Da violência que clama por justiça a qualquer preço, que clama por injustiça, por arbitrariedade.

Com o processo de valorização de comportamentos violentos e antidemocráticos, nos deparamos com a banalização do absurdo. Reage-se com violência, há endurecimento institucional. Clama-se pela justiça implacável, pelas penas agravadas, pelas prisões longas. Ao mesmo tempo que nos quedamos estarrecidos diante da violência, cultuamos o ressentimento.

No entanto, conhecedores de que a violência não pode ser a essência de nada e de que, nos dizeres de Hanna Arendt, *a violência não estimula causas, nem história nem revolução, nem processo nem reação; mas serve para dramatizar sentimentos e trazê-los ao conhecimento público*, não podemos deixar de lembrar que o processo democrático exige respeito e tolerância diante das desigualdades, que não podem ser desprezadas; que a democracia exige busca de superação da violência com suas trágicas conseqüências; que o movimento histórico democrático deve ser guiado pelo amor à Justiça.

É dentro desse quadro, que o décimo nono volume da Revista Brasileira de Ciências Criminais uma vez mais vem tratar de um Direito Penal que está vinculado aos princípios do Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal, que tem por finalidade garantir a liberdade individual e que se mantém fiel à cidadania e à Democracia. Que não admite conivência com institutos repressivos e retrógrados, que se coloca como limite do interesse estatal no campo da penalidade e coloca a Constituição Federal e a realidade social acima da interpretação restrita da lei. Que diz não ao desenvolvimento de condutas dogmáticas e totalitárias, que abdicam da reflexão e reforçam preconceitos.

CONSELHO DIRETIVO

SUMÁRIO

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

Directrices politicocriminales del Código Penal español: un análisis crítico – ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA 13

É preciso despolitizar as questões criminais – ARTHUR W. RUTHENBECK 29

A função da pena à luz da moderna criminologia – ÉLIO MORSELLI 39

2 – DOUTRINA NACIONAL

Sigilo bancário (por quem e quando pode ser violado) – ADRIANO SALLES VANNI e HELIOS NOGUÉS MOYANO 47

Tortura – breves anotações sobre a Lei 9.455/97 – ALBERTO SILVA FRANCO 55

A política criminal nos Estados Unidos da América – notas de viagem – ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA 73

Considerações sobre a multa em face da Lei 9.268/96 – ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA, BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS, FLÁVIA D' URSO ROCHA SOARES, FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES, GERALDO ALVES DE CARVALHO, GERALDO SANCHES DE CARVALHO, INÊS THOMAZ e SILVIA HELENA FURTADO MARTINS 95

O Ministério Público e o inquérito policial – ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO 105

A representação penal e os crimes tributários: reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96 – DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO 111

O princípio da motivação das decisões do conselho de sentença – FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ 125

Drogas – breves anotações – GERALDO GOMES 161

Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988 – PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA 171

O direito ao silêncio: tratamento nos Direitos Alemão e Norte-americano – THEODOMIRO DIAS NETO 179

3 – DIREITO DE TRÂNSITO

O Código de trânsito – esse desconhecido – GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO 205

Racha. Dolo eventual – WILSON NINNO 211

4 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

Consideraciones teoricas y metodologicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual en criminología – ANDRÉS COO ESPINOZA e BENJAMÍN NÚÑEZ MACHUCA 215

Perigo de vida – art. 129, § 1.º, II, CPB – JOÃO BOSCO PENNA 227

5 – POLÍCIA E DIREITO

A criminalidade da polícia – CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA 243

6 – PARECERES E TRABALHOS FORENSES

Carlos Lamarca: circunstâncias da morte e responsabilidade do Estado – MIGUEL REALE JUNIOR 253

Art. 28 do Código de Processo Penal – RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA 257

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

As várias faces da violência – ENEIDA DE MACEDO HADDAD e LUCI GATI PIETRO-COLLA 265

A prisão política: um ensaio sobre disciplina e resistência – FLÁVIA SCHILLING 267

Em busca do exercício da cidadania – VÍTOR FERREIRA GUIMARÃES 289

8 – JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência Comentada

Excesso de motivação da pronúncia e modelo acusatório – ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO 303

A execução penal precisa de atenção – CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS 311

O direito constitucional ao recurso em face dos arts. 594 e 595 do CPP. A prisão processual prevista no art. 594, assim como a fuga do réu apelante não são óbices ao conhecimento da apelação – MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES 315

8.2 Jurisprudência Recente

Intimação de advogado pela imprensa 323

Lei 9.099/95 – Intimação por edital 325

Nulidade processual – ofensa ao contraditório 329

Suspensão do processo – Lei 9.271/96 333

8.3 Ementário de Jurisprudência

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 343

8.4 Jurisprudência Organizada e Comentada

Execução Penal, parte I – SÉRGIO MAZINA MARTINS 369

9 – RESENHAS

O homem errado – caso Joel, de Ricardo Cunha Martins – LUIZ FLÁVIO GOMES 413

Breviário – Revista da Faculdade de Direito/UEMG e do Centro de Memória de Passos – MARCO ANTONIO RODRIGUES NAHUM 415

10 – NOTICIÁRIO

Relatos de um advogado na ditadura – ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER 417

Departamento de Estado dos Estados Unidos – relatório sobre práticas de direitos humanos para 1996 423

11 – DOUTRINA ARGENTINA

El triunfo de Shilock: algunas formulaciones sobre el alcance de la pena privativa de libertad – ALEJANDRO W. SLOKAR 451

¿Es necesaria una criminología para el tercer milenio? – CARLOS ALBERTO ELBERT 459

12 – ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 477

COLABORADORES

ADRIANO SALLES VANNI

Advogado Criminal em São Paulo.

ALBERTO SILVA FRANCO

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

ALEJANDRO W. SLOKAR

Professor Adjunto da Universidade de Buenos Aires – Argentina.

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado.

ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER

Advogado no Rio de Janeiro.

ANDRÉS COO ESPINOZA

Docente do Programa de Criminologia da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Chile.

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO

Advogado Criminal no Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal da UERJ.

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

Catedrático de Direito Penal da Universidade Complutense de Madri. Diretor do Instituto de Criminologia.

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Procurador de Justiça Aposentado. Professor Associado de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.

ARTHUR W. RUTHENBECK

Defensor Público Federal do Distrito Leste da Califórnia.

BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA

Procuradora do Estado.

BENJAMÍN NÚÑEZ MACHUCA

Docente do Programa de Criminologia da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Chile.

CARLOS ALBERTO ELBERT

Professor de Criminologia na Universidade Nacional de Buenos Aires – Santa Fé – Argentina.

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA
Vice-Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS
Procuradora do Estado em Exercício junto à Vara das Execuções Criminais de São Paulo. Coordenadora da Assistência Judiciária da Casa de Detenção.

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO
Advogado em São Paulo. Professor Doutor de Direito Penal da USP.

ÉLIO MORSELLI
Catedrático de Direito Penal na Universidade de Perugia, Itália.

ENEIDA DE MACEDO HADDAD
Doutora em Sociologia pela USP. Professora de Sociologia da UNESP.

FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO
Advogado Criminal em São Paulo.

FLÁVIA D' URSO ROCHA SOARES
Procuradora do Estado.

FLÁVIA SCHILLING
Doutoranda do Departamento de Sociologia da FFLCH/USP.

FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ
Bacharel em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco.

FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES
Procuradora do Estado.

GERALDO ALVES DE CARVALHO
Procurador do Estado.

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO
Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GERALDO GOMES
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

GERALDO SANCHES DE CARVALHO
Procurador do Estado.

INÊS THOMAZ
Procuradora do Estado.

JOÃO BOSCO PENNA
Doutor em Medicina Legal pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

LUCI GATI PIETROCOLLA

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

LUIZ FLÁVIO GOMES

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

HELIOS NOGUÉS MOYANO

Advogado Criminal em São Paulo.

MARCO ANTONIO RODRIGUES NAHUM

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

Advogado Criminal em São Paulo.

MIGUEL REALE JUNIOR

Advogado em São Paulo. Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

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

ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

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

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Promotor de Justiça na Bahia. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Juiz de Direito Auxiliar na Vara das Execuções Criminais de São Paulo.

SILVIA HELENA FURTADO MARTINS

Procuradora do Estado.

THEODOMIRO DIAS NETO

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Wisconsin (EUA). Doutorando em Direito pela Universidade do Sarre (Alemanha).

VITOR FERREIRA GUIMARÃES

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

WILSON NINNO

Juiz de Direito Aposentado.

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

DIRECTRICES POLITICOCRIMINALES DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: UN ANÁLISIS CRÍTICO

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

SUMÁRIO: 1. Código Penal y sistema legal – 2. El denominado "Código Penal de la democracia" – 3. Directrices del Código Penal: Exposición y crítica de las mismas – 4. Principales aportaciones político-criminales y dogmáticas de la reforma – 4.1 Parte General – 4.2 Parte Especial – 5. Algunas reflexiones criticas al Nuevo Código – 5.1 Carencias criminologicas y político-criminales – 5.2 Deficiencias atribuibles a la premura y precipitación con que se aprobó el Código – 5.3 Otras directrices político-criminales criticables del nuevo Código que deben imputarse al inadecuado momento político en que se aprobó el mismo – 5.4 Otras decisiones y criterios técnicos del Código criticables.

1. Código Penal y sistema legal

Antes de analizar las "directrices" del nuevo Código Penal, conviene hacer dos puntualizaciones que delimitan y relativizan la transcendencia de cualquier reforma del derecho sustantivo.

a) En primer lugar, debe observarse que el Código Penal solo representa una parte de la cobertura normativa del *sistema legal*, esto es, una pieza o eslabón – una pieza importante, pero nada más que una pieza – del complejo engranaje de la maquinaria jurídica del Estado. El Codigo Penal no lo es todo. La coherencia lógica de las normas penales sustantivas o materiales, por tanto, no puede garantizar, sin más, el redimiento, la eficacia del sistema legal. El sistema de la justicia criminal reclama, además, una adecuada infraestructura, dotaciones materiales y humanas, equipamiento. Una racional distribución del trabajo de sus operadores jurídicos e instancias, bien concebida y diseñada. Cauces procedimentales ágiles y expeditos que permitan la pronta aplicación de las normas sustantivas al caso concreto, a la realidad; Y, desde luego, una positiva percepción social de su funcionamiento cotidiano, garantía de la imprescindible confianza y colaboración de la ciudadanía con el sistema legal. Dicho de otro modo: el Código Penal es parte del sistema, y su aplicación, obliga a considerar, también, otras normas (orgánicas, procesales, procedimentales), realidades no normativas (la infraestructura, medios, dotaciones imprescindibles) e incluso fenómenos psicosociales que condicionan el proceso de aplicación de la norma a la realidad (percepción social del sistema).

No olvidemos que, en último término, el Derecho es un instrumento de solución efectiva de conflictos, por lo que su vocación práctica y utilitaria nos obliga a desplazar el centro de interés de la norma o conminación legal abstracta (momento normativo) al proceso de concreción y aplicación de ésta a la realidad (momento aplicativo). Y ese tránsito, por imperativo del principio de legalidad, de la previsión normativa al "derecho vivido" solo se puede llevar a cabo a través del "sistema".

b) Convienne llamar la atención sobre un segundo extremo en el momento de *evaluar un sistema legal*: la calidad y efectividad de un sistema legal tampoco se mide básicamente por la coherencia de su aparato normativo (Derecho "material" o "sustantivo"), ni siquiera por el efecto disuasorio y preventivo de éste (capacidad intimidatoria, asociada al rigor de las penas, capacidad de reacción pronta e impecable al crimen), sino por un complejo de indicadores que expresan el grado de satisfacción de las expectativas sociales que el suceso delictivo genera en la comunidad jurídica.

De suerte que un sistema legal óptimo es aquel que no solo castiga pronto y bien (satisfacción de la pretensión punitiva del Estado), sino que está en condiciones de dar respuesta y satisfacción a las demandas y exigencias que el delito genera. Tales expectativas sociales son tres: reparación justa del daño que el crimen ha ocasionado a su víctima (*función reparadora*), reinserción del infractor en la sociedad una vez cumplida la condena merecida (*función resocializadora*) y solución satisfactoria del conflicto que el delito exterioriza, promoviendo un clima de conciliación y pacificación (*función integradora*). Pues el crimen, cuyo control corresponde al sistema legal, no puede definirse como lacra, tumor o castigo del cielo, sino como doloroso problema social y comunitario; y esta caracterización obliga a asignar al sistema una rica gama de funciones más allá de la mera represión.

En consecuencia, el Código Penal representa solo un pieza de la maquinaria legal que instrumenta la respuesta jurídica al delito. Pero nada más.

Con estas reservas, la aprobación de un nuevo Código Penal, esto es, la redefinición de las bases de la convivencia social, tiene, desde luego, gran transcendencia. De ello me ocupo, a continuación.

2. El denominado "Código Penal de la democracia"

El nuevo Código Penal fue presentado en sociedad con una calculada y táctica denominación ("Código Penal de la democracia") que capitaliza el incuestionable éxito político inherente a su promulgación, si bien no debiera ocultar las carencias técnicas del mismo, producto de la urgencia y precipitación con que se procedió en el tramo final de su singladura. Pues legitimidad política y calidad técnica son cuestiones diferentes.

El nuevo Código *llega, por cierto, tarde.* Se aprueba inopinadamente, por sorpresa, con no poca precipitación y premura, sin el imprescindible debate político-criminal previo, habiéndose gestado en un momento político social de crisis, circunstancias todas ellas que le han marcado decisivamente.

Se promulga, en efecto, casi diéciocho años después de aprobada la Constitución Española de 1978. Para entonces, la transcendental reforma penal de 25 de junio de 1983 había ya acomodado, con éxito, la legislación penal ordinaria a las exigencias de la norma fundamental, objetivo perseguido con diferente fortuna, por reformas posteriores.

El "Código Penal de la democracia" aparece, además, *al final de la legislatura*, en virtud de un inesperado consenso político que, poco antes, no había podido recabarse para aprobar el Presupuesto. La aprobación del nuevo Código, se debió en buena medida de la habilidad parlamentaria del ministro responsable, que supone sorprender a propios y extraños tejiendo el correspondiente *quorum* privilegiado requerido por toda ley orgánica, como, salvadas las distancias, sorprendiera en su día a las Cortes el entonces Ministro de Justicia, Sr. Montero Ríos, presentando el 30 de mayo de 1879 su Proyecto de Código Penal

(Código al que Silvela denominaría "Código de verano"). Sorprendió, desde luego, a una confiada oposición parlamentaria, *fuera de juego* y, obstinada más en reclamar el cumplimiento íntegro de las penas, de acuerdo con una sistemática política de gestos, que en aportar un texto alternativo que mejorase la iniciativa gubernamental. Y sorprendió también, a la propia doctrina científica, cansada de analizar, desde la década de los ochenta, sucesivos proyectos de reforma penal, que no llegaron nunca a convertirse en derecho positivo.

Primó la urgencia política, sobre el sosiego que garantiza el acierto técnico, y el nuevo Código – como un auténtico trofeo – se aprobó precipitadamente, a marchas forzadas, aprovechando la mayoría parlamentaria – pilotada siempre con notable estrategia – el clima generalizado de confianza, pasividad y desconcierto. Que una misma sesión parlamentaria, la comisión competente diera luz verde a *doscientos artículos* del nuevo Código es un dato que habla *por sí sólo*. Como, también, que los mismos grupos que lo consensuaron, reconozcan, públicamente, la necesidad imperiosa de reformarlo, de forma parcial, poco después de su entrada en vigor.

Faltó, pues, una segunda lectura, pausada, serena, que, sin duda alguna, habría sacado mejores frutos de tres lustros intensos de trabajos preparatorios.

Por otra parte, *momentos políticos de crisis* y crispación no son los más idóneos para legislar en materia penal, esto es, para sentar las bases más estables de la convivencia. Pues se corre el riesgo de que el Código Penal asuma una impropia función simbólica, muy distinta de la puramente instrumental, protectora de bienes jurídicos, que legitima el *ius puniendi* del Estado. Y de ello se resiente, también, según se verá, el llamado "Código Penal de la Democracia".

3. Directrices del Código Penal: Exposición y crítica de las mismas

El nuevo Código Penal contribuye, de forma muy positiva, a una mejora sensible de nuestra legislación, como tratará de demonstrarse en el apartado posterior (4). El legislador ha sabido asumir, con acierto, criterios y soluciones que, desde hace años, se sugerían por la doctrina científica y contaban en ésta con un amplísimo consenso.

Pero el Código adolece, no obstante, de graves carencias criminológicas y político-criminales, que se hacen sentir tanto en el aspecto estrictamente instrumental como en el decisional. En su lugar se analizarán las mismas (5, apartado 5.1).

Algunas decisiones del legislador, son más fruto de la precipitación y premura con que se gestó el Código que de una serena reflexión. No hay que ver en las mismas, por tanto, opciones deiberadas a favor de uno y otro modelo político criminal o solución técnica. A ellas se hará referencia, en su momento (5, apartado 5.2).

Por otra parte, determinadas disposiciones del nuevo Código, especialmente criticables por su rigor y excepcionalidad, solo pueden entenderse como consecuencia del inapropiado momento político que le sirvió de marco. Se analizarán, también, posteriormente (5, apartado 5.3).

Por último y antes de formular una opinión fundada, aunque provisional, sobre la aportación del nuevo Código, esto es, un balance que exprese con objetividad sus aspectos positivos y negativos, se expondrán de forma crítica, algunas otras de sus soluciones técnicas (5, apartado 5.4).

4. Principales aportaciones político-criminales y dogmáticas de la reforma

El nuevo Código introduce sustanciales mejoras, tanto en la parte

General como en la Especial, sintonizando correctamente con las exigencias de la moderna política criminal o con criterios sustentados por la doctrina científica mayoritaria. A título puramente ilustrativo, pueden señalarse algunas de ellas:

4.1 Parte General

Satisfactorio parece, por ejemplo, el trámite de *audiencia al reo*, que con carácter preceptivo aunque no vinculante generaliza el legislador a los efectos de determinar la ley más favorable (art. 2.º, 2).

También, la ultraactividad de la *ley temporal*, bajo cuya vigencia se cometió el delito, que deberá enjuiciarse en su momento con arreglo a dicha ley, a tenor de lo dispuesto en el parr. 2, *in fine*, del art. 2. Razones elementales de prevención general, compatibles con el eventual ejercicio del derecho de gracia, en su caso, recomiendan esta solución, por cierto, no mayoritaria en la doctrina española.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la facultad del juez o tribunal, prevista en el parr. 4 del art. 4 del Código Penal, *in fine*, de *suspender la ejecución de la pena*, si mediare petición de indulto, y mientras no se resuelva ésta, en el supuesto de que "de ser ejecutada la sentencia la finalidad de éste (el indulto) pudiera resultar ilusoria". O cuando "por el cumplimiento de la pena pueda resultar vulnerado el Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas" (art. 4, 4).

Positiva es, también, la supresión de las *medidas de seguridad predelictuales o antedelictuales* (art. 6.º y art. 95, 1.º) dado que ninguna suerte de peligrosidad (ni criminal, ni por supuesto, social) autorizan, en un Estado de Derecho, la restricción del patrimonio jurídico del individuo que todavía no ha incurrido en responsabilidad criminal, mediante instrumentos penales.

Correcto parece, igualmente, el criterio del *momento de la acción u omisión*, que establece el art. 7, a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo. Aunque no sea ésta la única solución imaginable, la mera decisión del legislador cubre una importante laguna en nuestro derecho positivo y satisface las exigencias de la seguridad jurídica.

Juicio favorable merece, también, la previsión del art. 11. El modo en que nuestro Código define la *comisión por omisión* es opinable, puede incluso no convencer. Sin embargo, el mero hecho de contemplar este título de incriminación en la Parte General, constituye un acierto, pues otorga la imprescindible cobertura normativa y legitimadora a un procedimiento interpretativo hasta entonces cuestionable, extensivo y homologado, en virtud del cual dos tribunales, bajo presupuestos muy poco precisos, equiparaban el resultado producido como consecuencia de un comportamiento omisivo, al que hipotéticamente hubiera podido producir el correspondiente comportamiento activo expresamente, éste si, tipificado en la ley.

Con buen criterio, y siguiendo la sugerencia de la opinión científico mayoritaria, el Código opta por la incriminación excepcional y *ut singuli* de la *forma imprudente*, que sustituye al viejo sistema de las cláusulas generales. En consecuencia, de acuerdo con el art. 12 "las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley". Se trata, sin duda, de una opción recomendable desde el punto de vista político-criminal.

Con buena lógica y por idénticas razones político-criminales, el Código sustituye el criterio de las cláusulas generales por el de la incriminación excepcional, explícita y *ut singuli* de los *actos preparatorios* (art. 17 y 18.2), solución digna de aplauso, pues de acuerdo con la doctrina mayoritaria existen además fundamentos dogmáticos

y procesales que avalan la misma.

La regulación expresa del *desistimiento* del delito intentado, trátese de un único autor (art. 16.2) o de la intervención de varios sujetos (art.16, parr. 3) parece oportuna. Cosa distinta es, sin embargo, el juicio que merezca la concreta redacción que se ha dado a la fórmula legal.

La supresión del *caso fortuito*, previsto en el artículo 6.bis). b) del derogado Código Penal, es, también, un acierto del legislador, que asume en su total plenitud el principio culpabilístico.

Igual juicio merece, por razones diferentes, la supresión de la "*obediencia debida*" (antes circunstancia decimosegunda del art. 8 del Código Penal derogado), que ya no figura entre las causas de la exclusión de la responsabilidad criminal, de los arts. 19 e 20 del nuevo Código, sino con efectos más limitados, aunque discutibles por el modo en que se formula la previsión legal, a tenor de lo dispuesto en el parr. 2 del art. 410 (de la desobediencia y denegación de auxilio).

Técnicamente es acertada, también, la supresión de la *fuerza irresistible*, contemplada en la circunstancia novena del antiguo art. 8 del Código Penal derogado como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Con buen criterio el legislador no incluye en el catálogo de eximentes (art. 19 y 20) este supuesto, en puridad, de ausencia de acción.

Que, por fin, el legislador haya suprimido, del catálogo de circunstancias atenuantes, la *preterintencionalidad*, que había subsistido inexplicablemente a todas las reformas precedentes, debe estimarse un acierto más del nuevo Código. La plena vigencia del principio de culpabilidad así lo exigía, y la eliminación de este anacrónico enclave es digna de elogio.

Positivo es, también, el propósito que inspira la redacción del nuevo art. 22, que simplifica el farragoso catálogo de *circunstancias agravantes* del antiguo art. 10 del Código Penal, afectando a las circunstancias tercera, cuarta sexta, decimoprimera, decimotercera y decimosexta. Todo ello, sin perjuicio de que pueda cuestionarse la supresión de alguna de las circuntancias agravantes o resulte polémica y controvertida la redacción que reciben otras, depués del retoque o reagrupamiento de que algunas de ellas son objeto en el nuevo Código, según se verá.

Acertada ha sido la supresión del *encubrimiento*, como forma impropia de participación criminal *ex post* (art. 12 del derogado Código Penal). Con buen criterio y siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina científica, el nuevo art. 27 elude toda referencia al mismo, que se contemplará, sin embargo, y con mejor técnica, en el capítulo tercero del título vigésimo ("delitos contra la Administración de Justicia"), art. 451 y ss.

Convence, también, la mención expresa del art. 28 a la *coautoría y a la autoría mediata* ("por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento"), que colma una laguna tradicional en nuestro Ordenamiento Positivo. La supresión de la tradicional referencia a la *fuerza* (art. 14.2 del derogado Código Penal, es coherente y obligada, por superflúa, al haberse contemplado explícitamente la autoría mediata, por lo que la nueva reddación del art. 28, apartado "a" parece satisfactoria.

Acertado es, sin duda alguna, que el nuevo art. 31, incluya los supuestos de representación "voluntaria", excluídos incomprensiblemente de la previsión legal tradicional que hace referencia a la *actuación en nombre de otro*. El giro extensivo de la fórmula legal merece un juicio favorable y cuenta con el beneplácito de nuestra mejor doctrina.

Particularmente satisfactoria en la nueva configuración de la *pena de multa*, prevista en los art. 50 y ss. del Código Penal, que se ajusta al denominado siste-

ma de días multa, por más que excepcionalmente, para ciertos supuestos, subsista la multa proporcional del antiguo régimen (art. 525). El sistema de los días multa, siempre que no se desnaturalice o degenere, convirtiéndose en un sucedáneo de la pena de multa proporcional, responde mejor que esta última a las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, por lo que parece recomendable desde un punto de vista político criminal.

El Código simplifica, con acierto, el catálogo de *penas privativas de libertad*, subsistiendo de la vieja parafernalia exclusivamente la pena de prisión y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35). Desaparecen, por tanto, los arcaicos *nomina iuris*: arresto mayor, arresto menor, prisión mayor, prisión menor, reclusión mayor, reclusión menor etc., que pasan a integrar una única magnitud (la pena de la prisión), de una "duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código", tal y como reza el art. 36 de éste. La citada simplificación, en sí positiva, tiene, sin embargo, el inconveniente de eliminar módulos y patrones penológicos intermedios que sirven al legislador de obligada referencia, diluyéndose la aritmética penal en un auténtico caos de agravios comparativos.

La tímida y tardía introducción de penas con el *arresto fin de semana* (art. 37) y los *trabajos en benefício de la comunidad* (art. 499) merecen, no obstante, un juicio favorable, por cuanto sustituyen a las inútiles y nocivas penas privativas de libertad de corta duración, unánimemente criticadas por la doctrina científica. El parco juego que pueden ofrecer estas penas, como substitutivos (art. 88 y ss.), y los graves problemas prácticos que la ejecución de los mismos pueda deparar, no empañan el acierto del legislador.

El propósito del legislador de reducir el *tope máximo de duración de la pena privativa de libertad* (art. 36: veinte años) y de acudir a la automática *suspensión de las penas privativas de libertad de corta duración* (art. 80 y ss.) es encomiable. Como lo es también que, de hecho, coincidan la duración nominal y la real de la pena, sin disfunciones que, a lo sumo, perjudican la percepción social del castigo. Por desgracia, sin embargo, no consigue siempre el legislador materializar sus buenos propósitos. El régimen poco imaginativo de sustitutivos penales, de una parte, no resulta muy generoso, inutilizado, a menudo, por el rigor de las penal establecidas en el Código para la delincuencia convencional. En cuanto a la duración máxima de la pena privativa de libertad, las excepciones al régimen común (art. 76), la aberrante previsión del art. 78 y la supresión de la redención de penas por el trabajo, restan efectividad a lo dispuesto en el art. 36 del Código.

Las *reglas generales* que el Código establece para la *aplicación de las penas*, de modo muy particular, las previsiones primera, del art. 70.1, del art. 71, una vez suprimidas las anacrónicas escalas del derogado Código Penal, simplifican satisfactoriamente la problemática que suscitaba éste. Además, y desde un punto de vista material, las nuevas reglas mitigan el desmedido impacto que con arreglo al Código anterior representaba en algunos casos la pena superior en grado o la inferior.

Por lo que se refiere a las *medidas de seguridad*, acierta el legislador al incluirlas en el propio Código, suprimiendo las denominadas medidas predelictuales o antedelictuales. El flexible mecanismo que arbitra el art. 97, para decretar el cese, sustitución y suspensión de la ejecución de las medidas parece, igualmente, acertado. La forma en que se plasma la impropia exigencia de proporcionalidad con relación a las medidas, y sus

implicaciones, el mandato del art. 108 o la parca respuesta que paradójicamente recibe el fenómeno de la reincidencia en un Código de medidas postdelitctuales, son algunos de los lunares del régimen de medidas.

Por último, la expresa mención al *Estado*, en el art. 121, como *responsable civil subsidiario*, constituye un acierto técnico del nuevo Código, sin perjuicio de las deficiencias y perversiones de la nueva fórmula legal.

4.2 Parte Especial

Las reformas e innovaciones que mejoran la Parte Especial son tan numerosas, que no cabe dar cuenta de las mismas en un trabajo de las características del presente. Se renuncia, por ello, a hacer una referencia incluso puramente ilustrativa a tales aportaciones.

5. Algunas reflexiones criticas al Nuevo Código

5.1 Carencias criminologicas y político-criminales

Que el Derecho Penal no debe disociarse de la experiencia criminológica, ni del debate político-criminal, es hoy ya un postulado pacífico en la comunidad científica, una vez concluída la histórica e infructuosa rivalidad entre el mundo de las "togas negras" y el de las "batas blancas". Prescindiendo del saber científico criminológico, garantía del acierto y de rigor, las decisiones del legislador no tiene otro norte que la arbitrariedad, el puro voluntarismo, o, en el mejor de los casos, la mera intuición. Ausente el imprescindible debate político-criminal, el derecho deviene simples rutina, un conjunto de formas, ritos y gestos, expresión de modelos "tenocráticos" sin vida, sin sentido.

El Código Penal de la democracia culmina un errático proceso de más de quince años, caracterizado por un lamentable desprecio al saber científico criminológico, grave déficit que se aprecia tanto en el momento puramente instrumental, metodológico, como en el decisional.

5.1.1 En los antecedentes del Código, por ejemplo, no consta *material empírico alguno* (estadísticas, encuesta de victimización, trabajos de campo etc...) sobre la realidad criminal española, su estructura, composición, volumen, sus variables, perfil, tendencias. El legislador, ha carecido de *información*, rigurosa, científica, sobre el problema histórico concreto al que pretende hacer frente, y de la impresión de que no le preocupan las características singulares del mismo. Y, sin embargo, no se legisla sobre un fenómeno abstracto, atemporal, hipotético, sino sobre un doloroso y grave problema social muy determinado, en el que se quiere intervenir. Por ello, es grave el denunciado déficit criminológico: no se puede controlar eficazmente un problema social cuyas coordenadas básicas se desconocen.

Tampoco se han barajado argumentos ni reflexiones criminológicas de especial solvencia durante la tramitación y discusión del nuevo Código. Y sin embargo, muchas son las instituciones que habrían reclamado un debate de tal naturaleza, siquiera en aquellos casos donde el legislador modifica sustancialmente fórmulas y criterios de considerable arraigo en nuestra tradición jurídica, o simplemente cambia de criterio respecto a decisiones adoptadas con anterioridad a lo largo de la gestación del Proyecto.

Por citar algunos ejemplos: ningún criterio estrictamente criminológico justifica la supresión de la circunstancia agravante de *premeditación conocida*, tanto del nuevo catálogo de circunstancias agravantes, como del tipo del asesinato, previsto en el art. 139 de éste. Más bien todo lo contrario.

La definición de la circunstancia agravante de *reincidencia*, que efectúa el art. 22.8ª, con criterios puramente jurídico-formales, tampoco responde al actual saber criminológico ni encuentra apoyo alguno en las ciencias empíricas. El legislador ha optado por esta fórmula como podía haberlo hecho, con igual fundamento, por cualquier otra. Lo mismo puede afirmarse del concepto legal de *habitualidad*, tal y como se describe en el art. 94 del Código. Nada tiene que ver dicha noción con la categoría del mismo nombre que se utiliza en las Ciencias Criminológicas. Que el legislador penal sea libre para definir, con criterios propios, autónomos, los mecanismos de agravación, parece obvio. Sin embargo, si se sirve de categorías ya acuñadas en ámbitos extrajurídicos, como el criminológico, desvirtuar el contenido y alcance de tales instituciones, solo aporta confusión.

Los *sustitutivos penales*, cuyo régimen de cumplimiento y ejecución ha desarollado el legislador penal con tanta tardanza como imprevisión, exhiben notables carencias, tanto en la delimitación de sus respectivos presupuestos, como en las consecuencias y efectos de los mismos (art. 88 del Código Penal). De una parte el automatismo, y el princípio de universalidad por el que se ha decidido el Código, no parecen recomendables desde un punto de vista criminológico, más selectivo. De otra, el parco catálogo de alternativas a la privación de libertad, responde a pretensiones poco ambiciosas: el legislador se conforma con evitar las consecuencias negativas de la pena reina, en supuestos de corta duración de ésta, renunciando al objetivo de conseguir un impacto positivo de dichos instrumentos en el penado. El Derecho Comparado conoce otras soluciones mejores.

La sustitución del controvertido término *enajenado*, por las de "anomalía" y "alteración", parece caprichosa y perturbadora, ofreciendo serios reparos desde un punto de vista psiquiátrico, la fórmula que define la inimputabilidad en el art. 20. La solución, desde luego, no puede ser estimarse moderna, ni novedosa, ni técnicamente acertada, por más que el modelo foráneo en el que se inspira fascine tanto en otros aspectos y dominios.

Particular desorientación criminológica y politico-criminal demuestra el legislador al atribuir naturaleza penal los art. 19.2 del Código da la Ley que en su día regule la responsabilidad del menor de dieciocho años. Es lamentable que una exigencia garantista mal entendida criminalice la conducta antijurídica de quien, según el propio Código Penal, debe quedar al margen del mismo, y ampare una intervención de naturaleza penal, estigmatizante, en el menor. Un conocimiento científico-criminológico del "hecho diferencial" del menor (del Joven y del Menor) y de la criminalidad asociada a éste (su naturaleza, etiología, significado etc. ...) Solo puede sugerir otro tipo de intervención: una intervención socio-comunitaria, de contenido psico-educativo, que contribuya positivamente al proceso de socialización del infractor y a su madurez personal. Nada más aberrante que la intervención penal.

El régimen de las *medidas de seguridad* adolece, también, de notorias carencias criminológicas, de suerte que el legislador arbitra una pobre e insuficiente respuesta al incuestionable tema de la peligrosidad criminal. Las limitaciones que impone el principio de proporcionalidad se solventarán, en la práctica, subrepticiamente, a través del expediente que arbitra el art. 221 del Código Civil. Pero la propia reincidencia no ha dado lugar a las oportunas previsiones legales específicas en los art. 95 y ss. del Código. El límite máximo que el Código señala a la duración de las medidas de seguridad responde a un propósito loable, si bien, yerra aquel al referir la adecuación o proporcionalidad al delito cometido, y no a la peligrosidad que

dicho crimen revela y consiguientes exigencias de prevención especial.

La supresión del *parricidio* como tipo penal autónomo, responde, desde luego, más a razones técnico-dogmáticas, que criminológicas. Lo mismo puede decirse de la pérdida de autonomía que experimenta el delito de *asesinato*, convertido en una mera modalidad agravada o forma del homicidio (nuevo art. 139). Ninguna razón criminológica de peso avala una y otra decisión.

5.1.2 Déficit Político-Criminal. El Código, como el todo processo de gestación del mismo, peca de una lamentable indefinición político-criminal. Faltan modelos y marcos téoricos precisos; proliferan, por el contrario, los titubeos e indeciosines, los cambios de rumbos sin justificación, las contradicciones e incoherencias, los tanteos y rectificaciones posteriores, la falta de norte y criterio, en definitiva. Ello se debe, en buena medida, a la inexistencia del previo o imprescindible debate social y político, de la ponderación serena de las diversas opciones existentes.

La indefinición político-criminal del legislador queda patente, por ejemplo, a propósito del delito de aborto. Pero, obviamente, la fórmula evasiva que utiliza el art. 145, parr. 1.º, con el solo objeto de evitar la polémica ("fuera de los casos permitidos por la ley"), así como la muy discreta y casi subrepticia vigencia del art. 417 bis, del derogado Código Penal, prorrogada excepcionalmente por la disposición derogataria primera, apartado (5) no pueden ni deben ocultar la ausencia de ideas y posicionamientos en un problema de tal envergadura.

Pobreza semejante de recursos se detecta en la nueva fórmula de la *inimputabilidad* (art. 20, parr. 2), que trascribe, con escasa imaginación, soluciones foráneas mejor ejecutadas. O en el régimen de los *sustitutivos penales*, tímido y poco ambicioso (art. 88 y ss.) en el marco del Derecho Comparado.

No pocas decisiones del legislador (por ejemplo, en el ámbito del *honor* y la *libertad de expresión*) son más soluciones académicas, impecables, de escuela, que opciones política-criminales acordes con exigencias de la realidad española y su tradición jurídica. *Todo ello sin entrar en el debate, más pormenorizado, de la utilidad y justificación del nuevo modelo. Así, en el caso de los delitos contra el honor*, no se comprende que la tutela efectiva de éste pueda hacerse depender de valoraciones sociales (reputación), ni siquiera de percepciones subjetivas de su titular (autoestima), tratándose, como se trata, de un bien jurídico unido a la dignidad de toda persona. Tampoco, las consecuencias de la '*exceptio veritatis*' en el particular de las injurias consistentes en imputaciones de hecho, que pueden convertir al imputado en un verdadero "paria" a quien cabe recordarle, impunemente y de por vida su desgracia y al tener ésta como soporte hechos ciertos.

Otras decisiones miran a un pasado reciente, de triste recuerdo, y a hechos muy concretos y precisos que sucedieron en el mismo (podría hablarse, en consecuencia, de una política jurídica *intuitu personae* o *intuitu casu*). Con lo que se olvida que vocación de futuro y generalidad son dos notas esenciales e inherentes a toda norma jurídico-penal. El supuesto que contempla el artículo 285 puede ser una buena muestra de tan aberrante orientación político-criminal, anclada en hechos singulares y pretéritos que tienen nombre propio y apellidos.

Prueba, también, de la desorientación político-criminal del legislador son los continuos cambios de régimen que experimentan algunas instituciones a lo largo de las diversas fases de la tramitación del Proyecto. Es el caso, por ejemplo, de la reincidencia o de la responsabilidad civil derivada del delito.

Vicisitudes, todas ellas, que evidencian el erratismo político criminal del Código.

Finalmente, la estrategia del globo sonda y política del péndulo o bandazo constituyen otras tantas manifestaciones de la ausencia lamentable de criterios político-criminales que caracterizan el proceso de reformas y, en concreto, el nuevo Código. En efecto, no pocas veces, el Proyecto proponía determinadas fórmulas (así, por ejemplo, la criminalización del incumplimiento del régimen de visitas, la extensión del delito de coacciones a los supuestos de violencia indirecta o mediata etc. ...) que sin embargo el Código descartó tan pronto como se produjo alguna reacción crítica en la doctrina científica; o, confirmó, caso contrario. A este proceder, inseguro y falto de convicción, se añade otro, también negativo, consistente en bruscos y muy acusados cambios de orientación político-criminal en parcelas determinadas de la delincuencia, lo que representa un poco recomendable giro de ciento ochenta grados en algunos casos. Las nuevas figuras de alzamiento de bienes (arts. 257 y ss.), los delitos societarios (arts. 290 y ss.), los delitos contra el medio ambiente (art. 325), los delitos contra la flora y la fauna (arts. 332 y ss.), el delito de publicidad engañosa (art. 282), entre otros muchos, reflejan el citado tránsito de una anacrónica etapa de paraíso penal, insostenible, a otra que suple el vacío normativo con una injerencia penal, incompatible con el princípio político-criminal de intervención mínima.

5.1.3 Otras limitaciones operativas e instrumentales. Tampoco debe infravalorarse la relevancia práctica de otras deficiencias e imprevisiones del legislador que condicionan la recta aplicación del Código y la positiva percepción social del mismo. Así,

a) La muy breve *vacatio legis* del Código (seis meses a tenor de la disposición séptima de éste) resulta a todas luces insuficiente, ponderando su impacto innovador en el ordenamiento jurídico-penal. Hubiera sido preferible una sustancial ampliación de dicho período de rodaje, e incluso una escalonada y progressiva entrada en vigor del nuevo texto legal.

b) El nuevo Código Penal cuenta con un complejo y controvertido *derecho transitorio* cuyos preceptos no consiguen garantizar la pacífica sucesión de normativas penales; y plantea graves e intrincados problemas interpretativos a los operadores jurídicos.

La endémica falta de *medios e infraestructuras* pesa también sobre el nuevo Código, agravada por la precipitación con que se aprobó este último. Tal imprevisión, que afecta de forma especialmente grave a nuevas penas y sustitutivos penales que exigen determinados instrumentos y dotaciones, puede restar credibilidad al legislador. Hubiera sido deseable un serio y minucioso estudio previo de necesidades, medios y costes, así como la adopción de las medidas presupuestarias oportunas que permitiren financiar tales exigencias. Se corre, en otro caso, el riesgo de que ciertas reformas que implican una incuestionable mejora de nuestro Ordenamiento Penal, sean puramente nominales, inefectivas.

Por último, faltaron también, en el momento de aprobarse el Código, estimaciones oficiales solventes sobre la *previsible incidencia del mismo en la población reclusa,* lo que dió lugar a un perverso e innecesario debate, no exento de manipulaciones, que perjudicó, sin duda, la percepción social del nuevo Código. Hoy constan ya las exageraciones infundadas de la oposición parlamentaria, pero entonces no, habiendo debido evitarse tal polémica.

5.2 Deficiencias atribuibles a la premura y precipitación con que se aprobó el Código

Desde un punto de vista *gramatical, sintáctico* o incluso *literario*, exhibe el Código numerosas deficiencias. Prescindiendo del "dequeísmo", y de la no siempre correcta conjugación de los tiempos del verbo, muchas de sus expresiones no superan el mero rigor coloquial (así, art. 260, 3.ª, 374 etc.). Algunas formulaciones son equívocas, imprecisas o insatisfactorias (por ejemplo, la referencia al derecho real inmobiliario, del art. 245; la mención que hace el art. 390, parr. 2 a los "responsables" de ciertas religiones, cuando en realidad el legislador piensa en los "fedatarios" de las mismas; el término "persistente" del art. 25, referido a la enfermedad; la expresión "análogo que..." del art. 21, o la fórmula "vehículo a motor" del art. 264; la dicción del art. 243 (ocultar un negocio, recte: ocultar la existencia de éste) etc etc. Otras vezes, incurre el legislador en repeticiones y cacofonias lamentables (por ejemplo, art. 282) o pleonasmos incompatibles con la austeridad y el rigor jurídico (art. 343).

Más grave y preocupante son las *imprecisiones conceptuales*, porque la ambigüedad de ciertos términos jurídicos puede tener consecuencias perturbadoras. Así, llama la atención la amplitud desmedida del concepto penal de "incapaz" (art. 25), "sociedad" (algún autor ha llegado a cuestionar si el concepto de "sociedad" del art. 297 comprende, también, el de "comunidad de bienes"), "administrador" (art. 290), "documento" (art. 26) etc. ... Sucede, además, que la aplicación consecuente de estos conceptos generales a la Parte Especial del Código puede producir, de hecho, efectos no deseables (es el caso del tipo agravado de exhibicionismo, del art. 185, en relación al 25). O que el legislador baraje acepciones distintas de un mismo concepto en lugares diferentes del propio Código (por ejemplo, la noción de "facultativo", de los arts. 222.2 y 303, no tiene el mismo contenido, no coincide con el que ofrece la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1987; o la de "habitualidad" descrita con pretensiones de generalidad en el art. 94, parece no coincidir tampoco, con el alcance de este mismo término en los arts. 153 y 299 del Código).

A la precipitación, sin duda alguna, debe imputarse el poco éxito de algunos *preceptos legales*. Así, por ejemplo, el concepto de "consunción", que ofrece el art. 8.3 poco tiene que ver con el concepto, de igual denominación que suele utilizarse como criterio de solución del concurso de leyes. La referencia del art. 169 a los delitos contra el orden socioeconómico, a propósito del tipo legal de amenazas, produce perplejidad. La dicción del art. 335 conduce al absurdo, y solo puede salvarse éste con una interpretación correctiva que supere, sin más, el tenor gramarical del precepto citado. El art. 621, al confundir las nociones de "perjudicado" y "agraviado", exigiría la denuncia del difunto, signiticativo y graves es, también, que el nuevo régimen de las eximentes incompletas (art. 68), que potencia la discrecionalidad judicial, no sea producto de la reflexión, sino de una precipitada enmienda *in voce* que en último momento presentó un Diputado etc.

Solo la premura y la urgencia que marcaron el tramo final de la vida del Proyecto pueden explicar dos lamentables faltas de coordinación: de una parte, el espectáculo de una nueva mayoría de edad penal cuya entrada en vigor tiene que suspender el propio legislador hasta que en su día se reforme la legislación de menores (disposición final séptima con relación al art. 19); de otra, el de unas penas y sustitutivos penales, como el arresto fin de semana

y los trabajos en favor de la comunidad, cuya forma de ejecución y cumplimiento no se conocen en el momento de la aprobación del Código, dado que las pertinentes normas complementarias no se dictaron hasta el Real Decreto 690/ 1996, de 26 de abril.

5.3 Otras directrices político-criminales criticables del nuevo Código que deben imputarse al inadecuado momento político en que se aprobó el mismo

El Código se aprueba en un inadecuado momento de crisis generalizada: de crisis económico-social, de inestabilidad política, de tensiones y crispación en la sociedad española. Prevalecieron, no obstante, las prioridades políticas (la urgente promulgación del Código), sobre exigencias técnicas elementales (nueva lectura de un Proyecto, indudablemente mejorable, que hubiera exigido tiempo y consenso). Por ello, el nuevo Código paga un alto precio o tributo al momento político que sirvió de cauce a la recta final de su promulgación. El rigor innecesario y excepcionalidad de algunos de sus preceptos, ciertos tiques y resabios autoritarios en el ámbito de la delincuencia común, concesiones preocupantes al principio, poco recomendable, de intervención máxima y figuras previstas más para tranquilizar a la opinión pública que para la necesaria protección de intereses vitales de la sociedad, son algunas de las muestras del condicionamiento político señalado. Lo que no debiera sorprender, pues es un fenómeno sobradamente conocido, que en momentos de crisis, existe el riesgo de que la Ley Penal, en lugar de exteriorizar un sólido consenso social preexistente, pretenda, por el contrario, concitar, recabar o generar dicho consenso. Esto es, que la Ley Penal, lejos de cumplir la función instrumental genuina que legitima la misma, diseñando las reglas mínimas de la convivencia y protegiendo los valores e intereses fundamentales de ésta, tienda a cumplir una peligrosa función simbólica. En definitiva, que en lugar de prevenir el crimen, disuadiendo al infractor potencial mediante la amenaza del castigo; mire más hacia la galería, la opinión pública, tratando de fomentar en el ciudadano cumplidor de las leyes, actitudes de confianza en la autoridad, de respeto y sumisión hacia el poder constituido, de integración, solidariedad y disciplina social, abanderando conocidas "cruzadas" contra el delito.

1. Manifestaciones del aludido rigor desproporcionado e inútil, pueden observarse en determinadas parcelas de la *criminalidad expresiva* de nuestro tiempo. Así, por ejemplo, las severísimas penas que cabe imponer al amparo del art. 369 a quin incurre en un delito contra la salud pública de tráfico de droga (art. 369.6.º: pena de 9 años a 13 años y medio, a quien, perteneciendo a una organización o asociación incluso transitoria, intervenga en el tráfico de droga que cause grave daño a la salud). Pero más allá de la desproporcionada severidad, patente también en otros preceptos (art. 557, art. 571 etc. etc.) llama la atención la excepcionalidad que introduce el legislador en el régimen de otros delitos, como los de terrorismo, reviviendo técnicas ya derogadas, en anteriores reformas (por ejemplo, las del delito complejo, que utiliza de nuevo el art. 572).

2. Pero en el propio ámbito de la *delincuencia convencional* pueden observarse llamativos resabios autoritarios inadmisibles. Así la figura, de muy dudosa constitucionalidad, que introduce el art. 380, equiparando al delito de desobediencia grave, del artículo 556, la conducta del conductor que se niga a *someterse a las pruebas de alcoholemia.* Un verdadero desatino parece, igualmente, la inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, o de 10 a 14 que prevén,

respectivamente los arts. 527 y 604 (delitos contra el deber cumplimiento de la prestación social sustitutoria contra el deber de prestación del servicio militar); pena, la de inhabilitación, que incluirá "la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las Admnistraciones, Entidades o Empresas públicas o de sus organismos autónomos, ni para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo". Dicha pena equivale a una verdadera *muerte civil*. Tampoco convence el empleo de resortes penales para frenar el problema, hoy por hoy poco preocupante, en nuestro país, de la *ocupación*. Criminalizar, como hace el parr. 2.º del art. 245, un comportamiento antijurídico, pero desprovisto de violencia e intimidación, cuando existen otras técnicas no penales eficaces para resolver los conflictos sociales que aquel pueda generar, representa una respuesta desmedida, inadecuada, contraria al principio de subsidiariedad, y a la exigencias de la moderna política criminal. Lejos de resolver problemas sociales, en este concreto caso, la intervención penal está llamada a potenciarlos. Por último y en el delicado ámbito de la libertad de expresión, el Código introduce un *perverso y anómalo principio de responsabilidad civil solidaria de la "persona física y jurídica* propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injurias" (art. 212), que, además, implica una flagrante excepción al criterio general, recogido en el art. 120.2.º del propio Código Penal, de responsabilidad civil subsidiaria en los mismos casos. *De facto* el art. 212 puede generar un efecto de aparente autocontrol, sucedáneo de una censura cautelar y preventiva ejercida por el medio informativo, más sutil y eficaz, pero restrictiva, que la propia intervención penal convencional. Una nueva suerte de mordaza.

3. De otra parte, el proceso de *neocriminalización*, en si mismo positivo y necesario, da lugar sin embargo a que proliferen algunas figuras penales oportunistas, descritas con imprecisión y ambigüedad, concesión más al *modernismo* que a la conveniente actualización de nuestras Leyes penales. La mayor parte de los nuevos tipos penales cuentan, sin duda, con una muy positiva percepción social, como es el caso de los que pretenden garantizar la protección del *medio urbano* (art. 319), *medio ambiente* (art. 325), la fauna y la flora (art. 332), y desde luego, los que castigan *la publicidad engañosa* (art. 282), o *ciertas prácticas societarias* (art. 290). Pero ello no basta. La redacción de muchos de estos preceptos es farragosa (por ejemplo, art. 332) y la propia voluntad del legislador, a veces, *indescifrable*, art. 173). Algunas figuras legales pecan de oportunismo (art. 184), otras, por su laxitud, corren el peligro de una fácil instrumentalización (art. 290 y ss.: delitos societarios). El afán modernista del legislador, además, provoca la incorporación masiva al Código de preceptos muy técnicos procedentes de la prolija y heterogénea legislación especial, con la particularidad, muy negativa de que se producen llamativas disfunciones y falta de coordinación entre la legislación penal, la administrativa y la mercantil (v.g. art. 290 y ss.), hasta el extremo de que, paradójicamente, el precepto penal sea menos preciso en la determinación de sus presupuestos que el propio precepto administrativo o mercantil (así, art. 282). A corto plazo, y en tanto la jurisprudencia precisa y delimita los presupuestos de algunas de estas figuras delictivas (*v.g.*, delitos societarios, publicidad engañosa etc.) existe el riesgo de una estratégica utilización de las mismas con fines espúreos, en detrimento de los intereses generales. No sería extraño, así, que proliferen las querellas instrumentales que entorpecen el normal desarrollo de la actividad societaria, dado que la vaguedad e imprecisión de los tipos penales sugerirá a minorías sociales

interesadas acudir antes al ejercicio de acciones criminales que al de los instrumentos previstos en la legislación mercantil, por ejemplo, para impugnar los acuerdos societarios. Y ello es lamentable.

4. El criticado principio político-criminal de intervención máxima se acompaña, además, de una defectuosa técnica legislativa. Se observa, por ejemplo, una lamentable dispersión de tipos penales que protegen bienes jurídicos semejantes, así sucede, con la caótica y asistemática regulación del secreto (arts. 197, 279, 416, 466, 598, 535, 171 y ss.).

Tanto los tipos penales básicos, como sus cualificaciones, se hallan plagados de elementos normativos e valorativos, lo que potencia el arbitrio judicial y, en definitiva, la inseguridad jurídica.

Obsérvese, a título puramente ilustrativo, los ambiguos términos de "dignidad", "fama" y "propia estimación" que utiliza el art. 208 para definir el delito de injurias. O los no menos precisos conceptos de "trato degradante" y menoscabo grave de la "integridad moral", de que se sirve el nuevo art. 173, configurando un tipo penal abierto y elástico. O la sistemática referencia a un término tan circunstancial y relativo, como el de "gravedad", en el momento de delimitar los tipos y subtipos penales (términos como, "grave" o "gravemente", se utilizan, por ejemplo en los arts. 142, 147, 149, 152, 157, 158, 171, 172, 173, 174, 208, 249, 250 etc. etc. ...). Los delitos de lesiones cuentan con un desmedido espectro penológico: desde la pena de arresto mayor o multa (art. 147, 2), a la prisión de 12 años (art. 149); en cuanto a las consecuencias jurídicas, llama también la atención la pena prevista en el artículo 355, no contemplada por el propio Código ni el Capítulo I del Título III del mismo (de las penas), ni entre las denominadas "consecuencias accesorias" (Título IV, arts. 127 y ss.); y, desde luego, la redacción del art. 68, fruto de una enmienda *in voce* de última hora, poco meditada, cuyo tenor literal conduce a una modificación sensible del régimen de las eximentes incompletas.

5.4 Otras decisiones y criterios técnicos del Código criticables

Por último, mención aparte merecen algunos preceptos del Código que expresan concretas y puntuales decisiones técnicas a problemas determinados. Así, y en el ámbito de la Parte General.

La clasificación *tripartita* de las infracciones penales atendiendo al criterio de la gravedad (art. 13), y la correlativa tripartición de las penas (art. 33) quiebra la tendencia simplificadora del nuevo Código. En puridad, el retorno a sistemas clasificatorios históricos de corte francés, sólo tiene hoy justificación si con el mismo se consigue coordinar definitivamente la legislación material y la procesal. En otro caso, solo se producirá el inevitable efecto perturbador, propio de todo cambio innecesario.

La desaparición de la *frustación,* con el objeto de simplificar la problemática de las formas imperfectas (art. 15), de hecho, es más nominal que real, dado que reaparece implícitamente en el art. 62.

La regulación del *concurso de leyes* (art. 8) no convence. Hubiera sido preferible delimitar, con mejor técnica, los presupuestos legales de la aplicación del derogado artículo 68. Este exhíbia una peligrosa tendencia expansiva en la praxis que, sin embargo, no se ha conseguido corregir con la regla cuarta del art. 8 al consagrarse su carácter supletorio genérico. Un Código no debe plasmar definiciones y reglas lógicas que pertenecen a la teoría general de la hermenéutica, sin perjuicio de que al afán reglamentista del legislador resulta inútil por tratarse de conceptos no siempre pacíficos en la doctrina que,

además, por si solos, no resuelva el problema concursal.

La redacción del art. 68 e es desafortunada porque autoriza interpretaciones dispares. Y la previsión legal del art. 78, aberrante, porque asocia consencuencias trascendentales (incluso la inefectividad de beneficios penitenciarios inseparables del sistema progresivo) a presupuestos muy ambiguos (peligrosidad criminal), sin que existan criterios objetivos para que el tribunal sentenciador aprecie ésta, ni razones que legitimen las consecuencias que se asignan a dicha peligrosidad.

El régimen de *libertad condicional anticipada*, que contempla el art. 92 con relación a septuagenarios y enfermos muy graves, con padecimientos incurables, parece inadmisiblemente restrictivo. Si son razones humanitarias las que explican la excepción del régimen común, no se comprende entonces que se exija, en uno y otro caso, que septuagenarios y enfermos se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción.

En cuanto a las denominadas *consecuencias accesorias*, extraña la orientación preventiva que les inspira (art. 129.3) así como que algunas de ellas puedan ser acordadas por el juez instructor "también durante la tramitación de la causa" (art. 129.2), lo que las aproxima, entonces, a meras medidas cautelares.

Por último, tampoco puede considerarse acertada la omisión, quizás no deliberada, del término *falta* a los efectos de determinar el fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (art. 121.1). La responsabilidad civil, tanto principal como subsidiaria, tiene su fuente o causa en el "daño" causado por la conducta criminal, pasando o debiendo pasar a un segundo plano la concreta gravedad de ésta (delito o falta). Cualquier otra interpretación restrictiva, contradice la estructura y *ratio legis* de la institución, y conduce a consecuencias político criminales regresivas y antisociales. Siendo voluntad de nuestro legislador histórico, por razones estrictamente humanitarias, que la responsabilidad civil que tenga su origen el hecho delictivo, se sustancia junto a la criminal sometiéndola a un régimen reforzado, privilegiado (en comparación con el régimen común previsto en el Código Civil para la responsabilidad que tiene su origen en otra causa o fuente distinta del delito) carece de sentido que el Estado, y solo el Estado, como responsable civil subsidiario, quiebre aquel régimen y obtenga un inmerecido privilegio frente a los demás responsables civiles subsidiarios.

Que el Código omita una referencia expresa a las "faltas" no significa que el Estado eluda entonces la condición de responsable civil subsidiario. Ni, por tanto, que el perjudicado deba acudir a la vía civil para obtener, en su caso, la justa reparación del daño. Una interpretación teleológica y sistemática permite sustentar la tesis que se sugiere, evitando el absurdo: el absurdo jurídico (que la misma institución de lugar a dos regímenes distintos, por la sola razón de la mayor o menor gravedad de la infracción y con independencia de la entidad del daño causado) y el absurdo político-criminal (solución socialmente regresiva).

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

É PRECISO DESPOLITIZAR AS QUESTÕES CRIMINAIS

ARTHUR W. RUTHENBECK *

Emerson escreveu: "Aquilo que vocês são é algo que fala tão alto em meus ouvidos que eu não consigo escutar o que vocês dizem". Quando a questão é a análise do nosso sistema jurídico penal, é de se indagar: "O que nós somos?"

Deparei-me com algumas estatísticas alarmantes que respondem a esta indagação. Sei que estatísticas podem levar a interpretações errôneas. Basta lembrar a história do cientista que tentava descobrir a cura do câncer e relatou que um terço de seus ratos de laboratório morreu, um terço adoeceu e o outro terço fugiu. O resultado parece alentador até que se descubra que, na verdade, ele possuía apenas três ratos. Mas as estatísticas a que me refiro não provêm de associações liberais de advogados criminalistas, e sim do FBI, do *National Council on Crime and Delinquency*, do California *Departament of Corrections* e de outras organizações semelhantes.

Em 1979 o *National Council on Crime and Delinquency* relatou que a taxa de encarceramento nos Estados Unidos era a terceira maior do mundo industrializado, sendo que as duas primeiras taxas pertenciam aos países de regimes políticos repressivos da África do Sul e da União Soviética. No início de 1995, outro relatório foi publicado. Nos Estados Unidos, onde muitas vezes o que é maior é considerado o melhor, nós finalmente conseguimos ser os primeiros: nosso país tem agora a mais alta taxa de encarceramento no mundo, com 430 presos para cada 100.000 habitantes. A África do Sul passou para o segundo lugar no mundo, com 330 presos para cada 100.000 habitantes, e os países que anteriormente constituíam a União Soviética estão em terceiro lugar, com 270 presos para cada 100.000 habitantes.

Aproximadamente um em cada quatro cidadãos afro-americanos do sexo masculino, entre as idades de 20 e 29 anos, está ou na prisão, ou em liberdade condicional ou em *sursis*. Nas áreas urbanas, os números são ainda mais alarmantes, e em conseqüência, mais deprimentes: de acordo com um relatório emitido recentemente pelo *National Center on Institutions and Alternatives* "em Washington D.C., em um determinado dia de 1991, 21.800 dos 53.377 jovens afro-americanos do sexo masculino residentes na cidade, ou seja, 42% dessa população, estavam presos, em liberdade condicional, aguardando julgamento ou sentença, ou sendo procurados com mandados de prisão". De acordo com o mesmo relatório, 56% dos jovens afro-americanos do sexo masculino residentes em Baltimore encontravam-se nas mesmas condições. O relatório do *National Center* concluía:

"O que está acontecendo em Washington e em Baltimore está acontecendo em todo o país – cidadãos afro-americanos do sexo masculino estão sen-

(*) Tradução: Maria Alice Capocchi Ribeiro. Notas revistas pelo autor: Ana Sofia Schmidt de Oliveira.

do levados em números astronômicos por um sistema judiciário penal incoerente e fora de controle.

À luz dos dados chocantes revelados em nosso relatório, o apelo que o Procurador-Geral, Mr. Barr, lança aos estados para que estes canalizem seus esforços em direção ao encarceramento, ilustra a determinação do governo federal em dar um enfoque político às questões relacionadas ao crime e às drogas à custa de toda uma geração de jovens afro-americanos do sexo masculino. Esta atitude também revela a incapacidade do governo federal de proporcionar a liderança moral, política e econômica necessária para solucionar, de qualquer maneira que possa ser considerada razoável, as questões sociais que levam ao crime e ao uso de drogas em nossa nação".

Além dessas alarmantes estatísticas, causa ainda mais espanto o fato de que os cidadãos afro-americanos do sexo masculino são encarcerados em uma proporção quatro vezes maior do que os cidadãos negros do sexo masculino na África do Sul: 3.100 presos em cada 100.000 cidadãos afro-americanos contra 730 presos em cada 100.000 cidadãos negros na África do Sul.

Há mais cidadãos afro-americanos do sexo masculino no sistema penitenciário estatal da Califórnia do que na Universidade. Ao longo dos últimos doze anos, a Califórnia passou pelo maior aumento de população carcerária que esta nação jamais testemunhou, pulando de 22.500 presos em 1979 para mais de 100.000 presos hoje. De acordo com a Comissão "Blue Ribbon" sobre Gerenciamento da População Carcerária, instituída pelo Governador da Califórnia, há neste estado 25 prisões estaduais, levando-se em consideração tanto as já finalizadas quanto as ainda em construção; e quando a construção das últimas for finalizada, as prisões estarão ainda mais superlotadas do que estão hoje, constituindo 168% de ocupação acima de sua capacidade. Para efeito de comparação, ao longo do período em que foram construídas 10 prisões na Califórnia, não foi construída uma única faculdade.

De acordo com o Bureau de Estatísticas do Departamento de Justiça, o custo total desse encarceramento de mais de um milhão de americanos ultrapassa a cifra de US$ 16 bilhões ao ano. O custo aproximado de construção de uma cela de prisão é de US$ 50.000, e cada preso custa o equivalente a US$ 20.000 por ano por sua manutenção e pela operação da prisão. Na Califórnia, o percentual do orçamento estadual dedicado ao sistema penitenciário era de aproximadamente 2% em 1980, e este percentual pulou para mais de 6% em 1990. Segundo relatório emitido pelo Bureau, o orçamento para prisões está aumentando duas vezes mais rapidamente do que os orçamentos para saúde, educação e bem-estar social. Se a população carcerária mantiver a mesma taxa de crescimento até o ano 2.000, o orçamento penitenciário poderá atingir 20% de todo o orçamento estatal.

E o que tudo isso nos trouxe? Ganhamos a *Guerra contra o Crime?* Conseguimos comprar nossa segurança? Não! Tudo isso nos trouxe somente mais prisões e mais presos! De acordo com um relatório emitido recentemente pelo FBI, os crimes violentos aumentaram em 5% no último ano, e antes desse aumento, já haviam alcançado seu ponto mais alto nas últimas três décadas. O aumento das taxas de criminalidade e a explosão da população carcerária constituem resultado direto da derrota sofrida pelo governo na Guerra contra a Pobreza, e da substituição desta pela Guerra contra as Drogas, uma guerra destinada ao fracasso desde o momento em que o plano de batalha foi traçado.

Utilizando princípios de economia, as administrações Reagan e Bush dedicaram 70% dos fundos da Guerra contra as Drogas à redução da oferta, iniciativa batizada de *interdição*. Efetuaram algumas prisões cinematográficas e várias outras insignificantes. Uma quantia muito modesta foi empregada em campanhas de educação e tratamento para drogados – sendo que a maior parte destas limitava-se a exibir Nancy Reagan dizendo às nossas crianças *simplesmente diga não às drogas*. Eu me pergunto: essa iniciativa de *interdição* surtiu algum efeito? De modo algum! Com certeza conseguiram tirar uma pequena quantidade de drogas das ruas, mas de acordo com um estudo do *US Government Accounting*, o preço de um quilo de cocaína hoje custa aproximadamente metade do que custava em 1980. Se a política de economia paralela de oferta produziu algum efeito, isto quer dizer que há mais cocaína entrando nos Estados Unidos hoje do que em 1980; que a oferta é tão grande que o preço caiu pela metade. Será que ganhamos a Guerra contra as Drogas?

Considerando a extensão e abertura de nossas fronteiras, é praticamente impossível barrar a entrada de drogas neste país. Embora tenhamos que continuar tentando diminuir a oferta, precisamos fazer tudo que estiver ao nosso alcance para reduzir a demanda. E não fizemos nada nessa direção! Por um lado, acredito que não fizemos nada porque educação anti-droga e tratamento a drogados não recebem o mesmo destaque glamouroso em manchetes de jornais que é dado à apreensão de um grande lote de cocaína. E manchetes de jornais geram fundos! Mas se analisarmos a questão com bom senso, chegaremos à conclusão que a Guerra contra as Drogas somente será vencida se reduzirmos a demanda. O Juiz Malcolm Lucas comentou há pouco tempo que o problema das drogas não será resolvido nos tribunais. Ele está totalmente certo.

Há várias razões que justificam o aumento de nossas taxas de criminalidade. Dentre elas, condições sociais que contribuem para as causas da criminalidade: o contínuo fracasso para manter as escolas públicas, para manter os sistemas de saúde e seguridade social e outras instituições que preparam os jovens para uma vida adulta bem-sucedida; o colapso econômico e social de nossas cidades; o contínuo aumento do número de pessoas vivendo na miséria; e a transferência da riqueza das classes mais baixas e classe média para a classe alta, o que tem criado um hiato ainda maior entre os ricos e os pobres durante as últimas duas décadas. Segundo um relatório emitido recentemente pela Receita Federal, 1% da população americana detinha 31% da riqueza nacional em 1980. Este último número passou para 37% em 1991. Enquanto isso, a renda da classe média caiu 19,1 pontos percentuais desde 1973.

Outro fator importante que contribui para a explosiva taxa de criminalidade é o enfoque político dado pelo sistema judiciário penal à questão da criminalidade. Há dez anos, os políticos e membros do governo depararam-se com estas duas realidades:

1. A população carcerária da nação era de 500.000 e estava continuamente aumentando, sendo que a taxa de criminalidade estava igualmente em ascensão; e

2. Havia uma diminuição constante nas taxas de produção, à medida que várias indústrias partiam para o exterior em busca de mão-de-obra mais barata e de leis de proteção ambiental menos severas. Os cargos bem remunerados do setor industrial foram perdidos e substituídos por prestação de serviço mais barata. Como conseqüência, as comunidades urbanas entraram em decadência e muitas escolas da periferia apresentaram taxas de evasão escolar superiores a 40%.

Havia uma espera de 6 meses nas listas de tratamento a drogados; listas de espera por moradia para população de baixa renda alongavam-se por anos. Os temas da campanha política na última eleição não foram descobertas recentes mas sim o produto de anos de fracasso político de ambos os partidos.

Há dez anos, políticos e membros do governo enfrentavam duas opções: a primeira, gastar uma parte do dinheiro arrecadado com os impostos na Guerra contra as Drogas e construir mais prisões e penitenciárias; a segunda, utilizar essa mesma quantia em programas contra a pobreza e outras causas da criminalidade, melhorando a educação, gerando mais oportunidades de emprego, construindo mais moradias para a população de baixa renda e oferecendo melhores serviços de saúde. Alternativas ao encarceramento para crimes não-violentos e envolvendo pequenas quantidades de drogas também poderiam ter sido contempladas. Assim, seriam atendidas a necessidade da população em relação à segurança e a preocupação dos contribuintes quanto aos altos custos da Guerra contra o Crime e do encarceramento.

Obstinados pela idéia de eliminar criminosos e marcar pontos com seus eleitores, os políticos escolheram as medidas punitivas da primeira opção e era difícil apontar, entre Democratas ou os Republicanos, quem se saiu melhor no papel de exterminador do crime.

Para onde é que esta primeira opção nos conduziu ? A lugar nenhum! Absolutamente nenhum! Se as medidas punitivas dos últimos doze anos tivessem resultado em uma diminuição significativa das taxas de criminalidade os proponentes destas medidas poderiam argumentar que os resultados teriam justificado os enormes gastos na Guerra contra o Crime: o inimigo teria sido aniquilado. Mas as políticas fracassadas dos últimos doze anos criaram um sistema judiciário regido pela política, o qual nos deixa em uma situação pior do que a que nos encontrávamos doze anos atrás. A política criminal utilizada por nossos líderes políticos foi desenvolvida para angariar votos e não para produzir resultados efetivos. E não poderemos esperar nenhuma melhora nesse sistema enquanto os políticos e os arquitetos de políticas governamentais mantiverem uma abordagem política no tratamento das questões penais.

A retórica política do Departamento de Justiça, a começar pelo Procurador-Geral Edwin Meese e continuando até o atual Procurador, tem sido agressiva. Não é por acaso que desde 1980 todos os projetos de lei relativos à justiça criminal têm sido aprovados pelo Congresso nos anos eleitorais. Qualquer político que ousou questionar um projeto de lei penal enviado pelo Departamento de Justiça foi rotulado como sendo muito "mole" em relação ao crime. E nenhum político deseja enfrentar uma eleição ostentando tal rótulo.

Não se pode culpar somente o Departamento de Justiça por encorajar o envolvimento de políticos em questões de justiça criminal. Há outro fator a ser considerado. Os Comitês de Ação Política – que fornecem enormes quantias de dinheiro para campanhas políticas – encontram aliados em várias outras frentes que representam importantes problemas enfrentados pela sociedade americana: impostos, saúde, reforma securitária, educação, moradia, meio ambiente etc. Assim, questões relacionadas ao sistema penal passaram a constituir um campo seguro para políticos de ambos os partidos. Além da Ordem dos Advogados e poucas outras associações de advogados, ninguém mais está interessado em enfocar o problema relacionado aos projetos de lei penais que tramitam no Congresso.

Projetos de lei contra o crime garantem aos políticos 15 segundos de eficaz propaganda eleitoral na televisão. Questões criminais são como bônus: os políticos não precisam pensar se estão contrariando interesses dos PACS [1] ou de outros grandes contribuintes de campanha.

Ao invés de enfrentar estes outros problemas, membros do Congresso têm procurado outras medidas anticrime que garantam votos, que os façam parecer legisladores eficientes. Isso é exemplificado pelo projeto de lei contra violência doméstica que transformaria os casos de abuso por parte do cônjuge em crimes federais. Há inclusive um projeto de lei federal que tornaria o dirigir bêbado um crime federal, pois bebidas alcoólicas são comercializadas entre os estados. Se nossos políticos-combatentes do crime continuarem trabalhando sem critério definido, eles acabarão por destruir o sistema judiciário penal federal ao inundá-lo com casos que estariam melhor posicionados na justiça estadual.

Não é minha intenção sugerir que o Congresso não se envolva com as sérias questões de justiça criminal com que se confronta nossa nação; eu simplesmente estou sugerindo que o Congresso não aborde essas questões sob uma ótica tão política! Uma melhor compreensão das causas que levam ao crime seria de grande valia para os representantes eleitos pelo povo no momento de tomar uma decisão sobre orçamento ou de escolher o programa mais eficiente. Dada a limitação de fundos disponíveis e o alto custo gerado pelo crime e pelo encarceramento, políticos e arquitetos de políticas governamentais poderiam considerar outras opções e dedicar mais recursos a programas preventivos menos onerosos do que à construção de novas prisões. É uma triste constatação que nossos líderes políticos estejam mais dispostos a gastar com ações que, infelizmente, não atacam a raiz do problema.

Novas abordagens devem ser exploradas. Se não for por outro motivo, questões de ordem econômica forçarão uma reconsideração das questões judiciais penais neste país. Os americanos simplesmente não conseguirão arcar com os impostos que serão necessários para a construção e operação de prisões se nós fracassarmos na adoção de programas preventivos e na redução das taxas atuais de aumento da população carcerária.

A Suprema Corte Federal dos Estados Unidos não está acima dessa rixa política, e eu não me refiro somente à nomeação de Clarence Thomas e os ataques à decisão proferida em *Roe vs. Wade*.[2] Sob a ótica de um advogado criminalista de defesa, o que eu poderia dizer? O Supremo Tribunal tem sua própria agenda e têm sistematicamente revogados precedentes legais que estão registrados há décadas. A Suprema Corte tem abandonado proteções constitucionais em seus esforços para travar sua própria Guerra contra o Crime. A 4.ª Emenda é virtualmente ignorada e a 5.ª está prestes a ser esquecida.[3] O Juiz Thomas é a favor da

(1) PAC é a abreviação de "Political Action Committee" ou Comitê de Ação Política: É uma organização privada que defende o interesse específico de um grupo acerca de determinada legislação. São os "lobistas" legítimos, que contribuem com dinheiro nas campanhas políticas de membros do Congresso e também nas campanhas presidenciais em troca do comprometimento do eleito com determinada causa.

(2) Clarence Thomas é o juiz mais conservador da Suprema Corte e o caso Roe versus Wade refere-se à decisão da Suprema Corte que tornou legal o aborto nos EUA.

(3) Ambas as Emendas mencionadas são consideradas como obstáculos ao cumprimento da lei por muitos promotores e juízes. A 4.ª Emenda à Constituição Americana exige que o policial tenha em mãos um mandado judicial para realizar busca domiciliar. O requerimento de emissão do

tortura de prisioneiros, desde que não se ultrapassem os limites, e ele começa a questionar o direito do preso a um advogado garantido pela 6.ª Emenda.

Recentemente, agentes da divisão antidrogas mataram duas pessoas inocentes – um deles um milionário recluso – em uma ação antidrogas que não produziu nenhuma prisão ou apreensão do produto. Inspirados em decisões da Suprema Corte que zelam pela lei e pela ordem, vários policiais e agentes desenvolveram um estilo "Rambo" para fazer valer a lei, em detrimento aos direitos de todos os cidadãos. Vários desses policiais mantêm uma atitude "somos nós contra eles", sendo que "eles" são todos aqueles que não são agentes antidrogas. É preciso relembrar lamentáveis episódios como o caso Rodney King [4] e o espancamento até a morte de um motorista de Detroit por policiais locais para ver que a "garantia da lei e da ordem" está fugindo ao controle e está perto de passar dos limites e perder a credibilidade perante uma grande porção da sociedade. Algumas decisões recentes da Suprema Corte têm enfatizado de tal forma a filosofia da lei e da ordem que alguns policiais acreditam que eles "são" a lei.

Em relação à pena de morte, a Suprema Corte tem agido com grande rigor. Uma manchete recente no *New York Times* dizia: "A Suprema Corte decide se pessoas inocentes podem ser executadas". Quando li essa manchete pela primeira vez, pensei tratar-se de uma brincadeira – talvez uma paródia à Suprema Corte, e não fui o único a interpretá-la assim: em 16 de novembro, Jay Lenno usou essa manchete em sua sátira sobre manchetes engraçadas. Infelizmente, não se tratava de brincadeira alguma.

Leonel Herrera está no corredor da morte no Texas agora, condenado pelo homicídio de dois policiais. Anos após a condenação de Herrera, outra pessoa confessou a autoria dos crimes e um advogado apresentou uma declaração tomada sob juramento de uma testemunha que declarou ter visto esta outra pessoa cometer os homicídios. No dia anterior à execução de Herrera, um juiz distrital federal determinou a suspensão da execução até que esta nova e surpreendente prova fosse analisada. O Tribunal de Apelação do Quinto Circuito revogou essa suspensão com base no fato de que declarações de real inocência são constitucionalmente irrelevantes. O caso foi então encaminhado à Suprema Corte dos Estados Unidos e esta também recusou-se a suspender a execução! Minutos antes da execução de Herrera, o Tribunal de Apelações Criminais do Texas suspendeu a sentença: os juízes texanos não quiseram responsabilizar-se pela execução e o caso está novamente nas mãos da Suprema Corte dos Estados Unidos.

mandado é feito sob juramento e por escrito pelo policial e nele devem estar contidas as evidências de que um crime foi cometido e de que provas materiais importantes serão encontradas no local onde se dará a busca. A 5.ª Emenda à Constituição estabelece que ninguém pode ser forçado a fornecer provas contra si próprio nem a confessar a prática de um crime. A famosa decisão do caso Miranda versus Arizona é o precedente da Suprema Corte segundo o qual, antes de interrogar uma pessoa presa, o policial deve cientificá-la de seu direito de permanecer calada, que qualquer declaração poderá ser usada em seu desfavor e que tem o direito de conversar com um advogado antes de falar com a polícia. Se tais advertências não são feitas, a prisão pode ser considerada irregular e nenhuma prova assim colhida poderá ser utilizada no Tribunal.

(4) Trata-se do famoso caso ocorrido em Los Angeles em 1995, em que um cinegrafista amador filmou policiais brancos batendo em um negro. A absolvição dos policiais a nível estadual gerou grandes protestos da população negra. Posteriormente, foram condenados pela Justiça Federal.

Se vocês pensam que este caso constitui uma aberração, posso apresentar outro exemplo: o de um ex-prisioneiro condenado a morte, Roger Coleman, que foi executado na Virginia em 20.05.1992. Os advogados de Coleman haviam apresentado provas substanciais que ele também era inocente. Mas Coleman não havia conseguido obter uma audiência para comprovar sua inocência porque, em 1986, seu advogado de defesa – nomeado pelo tribunal – por engano entregou o pedido de audiência com um dia de atraso. Em última instância, a Suprema Corte manteve o entendimento de que o erro do advogado constituía fator determinante da não-consideração da petição de *habeas corpus* de Coleman.

Não consigo entender como um ser humano racional, que dedicou toda a sua vida ao exercício da lei, pode vislumbrar a possibilidade de considerar a execução de uma pessoa inocente constitucionalmente permissível. Não me importo com teorias legais que possam ser criadas para racionalizar tal conclusão, mas considero um sistema legal capaz de produzir tal resultado um sistema falido! Neste caso, um sistema dominado por políticas de pena de morte ao invés de princípios legais.

Nos últimos anos, a Suprema Corte tem claramente manifestado sua hostilidade em relação a pedidos de *habeas-corpus* e tem se ocupado em criando obstáculos procedimentais que impeçam um preso condenado à morte de obter audiências federais. Ironicamente, essas barreiras não têm funcionado como uma "via expressa" para a execução. Ao contrário, têm alongado o tempo de processamento de casos enquanto as partes litigam sobre questões procedimentais intermináveis, ao invés de considerar desde logo a essência dos pedidos de *habeas-corpus*. Além disso, o fato de ter o Tribunal de Apelações do Décimo Primeiro Circuito (constituído pelos estados de Georgia, Alabama e Flórida, o coração do circuito sul da pena de morte), um Tribunal dominado por juízes nomeados por Reagan e Bush – revogado mais de 50% das sentenças de morte em decorrência de *habeas-corpus* impetrados, não representou nada que levasse a Suprema Corte a reconsiderar sua posição.

O Presidente do Supremo Tribunal, Juiz John Marshall, certa vez descreveu o *habeas-corpus* como um "grande privilégio constitucional", e o Juiz Brennan declarou que o *habeas-corpus* estava "intrinsecamente ligado ao crescimento dos direitos fundamentais de liberdade pessoal". Mas o atual Supremo Tribunal Federal parece estar mais preocupado com o fardo que o *writ* representa aos "escassos recursos judiciais federais" e com os interesses dos estados em pôr logo um fim nos processos penais. Essas duas preocupações constituem o pináculo da pirâmide legal, e substituem as preocupações com os "direitos fundamentais da liberdade pessoal".

A Suprema Corte tem se esquivado do real mérito do *habeas-corpus* há anos. A correção dos procedimentos adotados é agora um princípio divino. Através da inércia, este tribunal sancionou o sacrifício cínico perfeito – a execução de um homem que poderia perfeitamente ser inocente. Não posso deixar de ser irônico e dizer o quão difícil é exercer o direito à vida, à liberdade e à felicidade para alguém que se encontra a seis palmos abaixo da terra! Independentemente de seu ponto de vista sobre a pena de morte, espero que todos nós concordemos que somente aqueles juízes que se encontram no limiar mais distante da realidade poderiam conceber que é constitucionalmente permissível executar uma pessoa inocente.

Creio que não há erro em afirmar a real necessidade de uma revisão sobre o conceito do *habeas-corpus*, e também

sobre os procedimentos com apelações e petições de *habeas-corpus* para presos que se encontram no corredor da morte. Mas esta reforma não deve ser conduzida sob uma ótica política. Espero sinceramente que a nova administração não se esquive a elaborar uma política coerente e que exerça seu mister com a mesma coragem política demonstrada por alguns congressistas que se opuseram ao Departamento de Justiça. Eles se opuseram a uma cláusula que negava o direito ao *habeas-corpus* federal a um preso condenado à morte que tivesse obtido uma audiência "justa e completa" (seguindo os procedimentos corretos) em um tribunal estadual, mesmo que o juiz estadual houvesse decidido sobre questões constitucionais federais incorretamente. Se os políticos e os articuladores de políticas governamentais estiverem verdadeiramente dispostos a promover a reforma penal e a acelerar o processo de revisão eles deveriam apoiar a dissolução das teias de procedimentos tecidas pela Suprema Corte e exigir que os tribunais se atenham às questões essenciais que são levantadas pelas apelações.

Para concluir, eu não poderia deixar de tecer mais alguns comentários sobre o enfoque político que tem sido dado à pena de morte. A Suprema Corte da Califórnia, cujo Presidente é o Juiz Rose Bird, revogou mais de 90% das penas de morte, e o mesmo tribunal, quando presidido pelo Juiz Malcolm Lucas, confirmou 90% dessas penas. A Califórnia apresenta hoje o mais alto índice de confirmação de penas de morte entre todos os estados americanos, incluindo o que chamamos de Cinturão Meridional da Morte. Independentemente de seus pontos de vista sobre a pena de morte, creio que concordamos ser difícil conciliar essas duas atitudes opostas, e concluímos que, em ambos os casos, o exercício da lei estava comprometido a interesses pessoais e políticos.

No caso *McCleskey vs Zant*,[5] relembrando as alarmantes estatísticas aqui mencionadas, a Suprema Corte Federal se absteve de considerar a afirmação de um preso sulista afro-americano condenado à morte de que a pena de morte é imposta a partir de parâmetros raciais disparatados. É interessante notar que vários dos mais importantes jornais sulistas condenaram essa decisão, e declararam que "se a Suprema Corte Federal não puder nos orientar sobre os parâmetros a serem seguidos, quem mais poderá?"

Considero tremendamente irônico que os Estados Unidos, o grande guardião dos direitos humanos, a nação que sempre incitou a Anistia Internacional em relação à União Soviética e aos países do terceiro mundo, encontre-se agora sob o olhar atento desta mesma organização devido à utilização de parâmetros racialmente contraditórios para tratar da pena de morte aplicada a cidadãos afro-americanos.

A partir do caso *McCleskey*, um membro do Congresso pediu ao General Accounting Office que conduzisse um estudo estatístico semelhante, desta vez enfocando as questões de confiabilidade estatística levantadas pelo Supremo Tribunal. O GAO chegou às mesmas conclusões dos advogados de McCleskey, e estas conclusões tornaram-se as bases de um projeto de lei encaminhado pelo Senador Bide, que apóia a pena de morte. Este projeto, o Decreto-lei de Justiça

[5] A decisão deste caso, pela Suprema Corte, estabeleceu não haver prova da ocorrência de preconceito racial na aplicação da pena de morte (embora as estatísticas demonstrem que a possibilidade de um branco que matou um negro ser condenado à morte é muito menor do que na hipótese inversa) e que o preso que está no corredor da morte tem direito a apenas um *habeas-corpus* pedindo revisão da condenação por violação de direitos constitucionalmente garantidos.

Racial, tinha por objetivo eliminar a questão das diferenças raciais da fórmula para aplicação da pena de morte. Esse projeto foi derrubado pelo Departamento de Justiça e pelos promotores dos estados que utilizam a pena de morte.

É cansativo ver políticos enquadrando o debate sobre a pena de morte na fórmula *as vítimas versus os assassinos*. Não se trata de dar um enfoque *ou um ou o outro*, como propõem os políticos; não conheço uma única pessoa que se oponha à pena de morte que expresse mais simpatia por um preso verdadeiramente culpado do que por uma vítima inocente. Não conheço uma única pessoa que se oponha à pena de morte que não tenha ficado chocada e horrorizada com o brutal assassinato de dois adolescentes cometido por Robert Alton Harris. Quando um dos garotos pediu a Harris que lhe concedesse o tempo de fazer uma oração, o assassino lhe respondeu que nem mesmo Deus poderia ajudá-lo naquela hora, e então matou-o. Toda vez que penso nesses dois garotos imagino os últimos minutos apavorantes que eles devem ter passado antes que Harry os matasse. Sinto uma dor imensa ao pensar nisso, e sinto total repulsa pelo que Harris fez. Sinto profunda tristeza por uma sociedade que é capaz de produzir tais tragédias – continuamente.

Tom Dresslar, um repórter do *Daily Journal*, um jornal sobre questões legais, expressou as emoções sentidas por muitos de nós em seus comentários publicados no dia anterior à execução de Harris:

"A irmã de Harris, Brenda, com certeza chorará, pensando sobre e existência torturada que amedrontou e destruiu seu irmão. Ela se lembrará da infância carente de amor e cheia de ódio, senso de ridículo e dor. Ela chorará ao pensar nos espancamentos, no álcool e no desespero profundo. E ela pensará na vida sem seu irmão, e perguntará a Deus: Por quê?

"As famílias dos dois garotos que morreram há 14 anos – John Mayeski e Michael Baker – também chorarão. Elas chorarão lágrimas de tristeza e de consolo. Através de suas lágrimas, elas verão os filhos e irmãos que amavam. Elas se lembrarão novamente como John e Michael foram brutalmente tirados de suas vidas, e agradecerão a Deus por esse pesadelo ter finalmente acabado.

Outras pessoas chorarão não somente por Harris ou por Mayeski ou Baker. Elas chorarão por todos nós. Elas se condoerão pela nossa trágica condição como seres humanos ...".

E enquanto isso, os políticos continuarão a fazer política sobre a pena de morte e outras questões de justiça criminal. E continuarão a dividir a sociedade, não dando a devida atenção aos fatores que determinam a nossa trágica condição. Continuarão a ignorar o fato de que os Estados Unidos apresentam a mais alta taxa de encarceramento do mundo e que é a única democracia do mundo ocidental que ainda adota a pena de morte. Quando questionarem a si mesmos se a pena de morte não seria cruel e um procedimento incomum, será que também questionarão os parâmetros que deveriam ser utilizados para responder a essa pergunta? Será que questionarão se esses parâmetros de decência humana deveriam permitir ao Estado matar outro ser humano? Se os políticos realmente refletirem sobre essas perguntas, como poderão eles ignorar o fato de que estamos sozinhos na utilização da pena de morte, e que os nossos parâmetros de decência humana, conseqüentemente, devem estar abaixo dos parâmetros defendidos por outras democracias do mundo ocidental?

Em nenhuma outra época foi tão premente a necessidade de os políticos e os arquitetos das políticas governamentais se engajarem em uma discussão racional sobre uma gama de questões de justiça

criminal. Os problemas que os Estados Unidos enfrentam hoje são imensos, e nós não podemos esperar que o sistema judiciário os solucione. As conseqüências sociais, econômicas e legais do fato de os políticos se esquivarem dessas questões criminais serão graves. O custo desta atitude para os cidadãos que pagam seus impostos também será enorme. E maior ainda será o custo para a consciência coletiva de todos os americanos.

Einstein observou que: "Os problemas sérios que enfrentamos hoje não podem ser resolvidos ao mesmo nível de raciocínio que utilizávamos quando nós os criamos." Obviamente ele estava certo. Espero que a nova administração tenha a coragem necessária para elevar esse nível de raciocínio e para despolitizar a discussão sobre as questões de justiça penal. Essa administração também precisará educar nossa nação em relação à raiz desses crimes; ela deverá promover um ajuste de nosso raciocínio de modo que nos tornemos mais abertos a novas idéias que encarem de frente o problema que o crime representa, não somente abordando questões de importância ou natureza menores. Enquanto falharmos em lidar com as causas do crime, das prisões e da alta taxa de encarceramento, essas soluções paliativas que temos encontrado continuarão a representar nosso fracasso individual e coletivo.

Devemos estimular a discussão racional das questões judiciárias penais. É preciso dispensar a retórica e a demagogia política, substituindo-as pelo discurso racional. Devemos criar um contexto no qual os políticos, os articuladores de políticas governamentais e os juízes sintam-se seguros para investigar e abertamente discutir as questões de justiça criminal, promovendo uma discussão que leve a soluções duradouras e não a 15 segundos de fama em campanhas eleitorais pela televisão ou a *slogans* de campanha que serão usados nas próximas eleições.

Todos os cidadãos dos Estados Unidos, especialmente os políticos, os articuladores de políticas governamentais e os juízes, devem render-se às palavras que ouvi há muito tempo atrás de um professor de política social, alguém infinitamente mais sábio do que eu: "Uma sociedade que se propõe a trocar sua liberdade por sua segurança, em última instância, não terá e não merecerá nenhuma das duas".

1 – DOUTRINA INTERNACIONAL

A FUNÇÃO DA PENA À LUZ DA MODERNA CRIMINOLOGIA

ÉLIO MORSELLI*

A tarefa mais urgente que na atualidade compete à dogmática penal, é a de reexaminar todos os problemas fundamentais da teoria do delito, fazendo-a à luz das mais recentes contribuições das ciências sociais, ou seja, da sociologia, da criminologia, e, sobretudo, da psicologia. Hoje, finalmente, não mais é possível continuar a tratar e resolver as principais questões da teoria geral do delito, e muito especialmente as relativas ao elemento subjetivo, baseando-se nos tradicionais critérios da psicologia empírica ou do senso comum. Quem pretende enfrentar o estudo do direito penal, deve, pois, fazê-lo através de uma preparação científica, que tenha em consideração as mais recentes contribuições ofertadas pela psicologia dinâmica ou do profundo. Em um nosso recente livro, procuramos demonstrar quão importante se apresenta uma abertura psicológica em tema de dolo e de culpa e quão relevantes são as funções do dolo na teoria do crime: primeiro, a de ligação, ou *trait d'union* entre a dogmática e a criminologia, ou seja, a de portador do significado antisocial do fato; segundo, a função do núcleo central e índice-base do desvalor pessoal do comportamento, ou seja, do fato delituoso, e, finalmente, a função de critério fundamental para individualizar o tipo legal e como o fato concreto a ele se adequa. Tudo isso numa perspectiva da concepção de origem alemã – chamada do Handlungstrafsdelit –, ou "direito penal da conduta", e também do *personale Unrecht*, ou ilícito personalista.

Pois bem, para afrontar nos seus justos termos esta problemática do crime, nós nos baseamos na psicologia do delito, e, mais precisamente, na psicologia do seu autor, ou, por outra palavras, do delinqüente.

Para encarar aqui os problemas relativos à teoria da pena, agora em sentido contrário, devemos partir da psicologia da sociedade, e, mais precisamente, da psicologia da sociedade que pune. Todos nós conhecemos a multiplicidade de respostas que, no transcurso da história, têm sido dadas a esse dramático quesito: "por que se pune?" Falou-se sempre da pena, desde a antigüidade clássica, como expiação do delito praticado, de pena como catarse ou purificação, de pena *medicinalis*, de pena como instrumento de correção, de pena vindicativa, de pena como via de reeducação do réu, e assim, por diante, e, para terminar, em nossos dias, com a pena sendo considerada como meio e pressuposto para o tratamento ressocializante, e até mesmo terapêutico do delinqüente. Todos conhecemos o célebre dilema de Sêneca: *punitur ne peccetur*, ou, então, *quia peccatum est*. Pune-se para prevenir que futuros delitos venham a ser cometidos pelo mesmo agente que os cometeu (prevenção especial),

(*) Conferência proferida na Escola do Ministério Público do Estado de São Paulo, cuja redação foi revista pelo Prof. Dr. José Henrique Pierangeli.

ou, para outras pessoas (prevenção geral) isto é, *ne peccetur*, pune-se simplesmente para retribuir, com sofrimento, o mal acarretado pelo delinqüente, isto é, *quia peccatum est*. Enfim, pergunta-se: se o ato punitivo é fim em si mesmo ou corresponde a uma finalidade? A pena tem função retributiva ou preventiva?

No período sucessivo à Segunda Guerra Mundial, a opinião da maioria dos juristas e estudiosos parecia se fixar numa resposta de tipo eclético, isto é, reconhecer-se na pena uma natureza ou caráter constitutivo, de tipo retributivo. Mas, ao mesmo tempo, superava-se a visão limitada das chamadas teorias absolutas (Kant, Hegel etc.) atribuindo-se à pena uma função independente de sua natureza intrínseca, ou seja, uma função preventiva. A pena, dizia-se enfim, é de natureza retributiva, mas tem uma função preventiva. Deste modo eclético, tinha-se por definitivamente resolvido o antigo problema "por que se pune?"

No entanto, a partir dos anos cinqüenta, esta convicção dogmática se modificou profundamente.

O desenvolvimento da psicologia, da sociologia, e, por conseqüência, o da criminologia, posicionou o réu sob um novo prisma. Estas novas ciências contribuíram para considerar o réu, mais do que um culpado, um sujeito total ou em parte, psiquicamente anormal, um associal, um desviado, uma vítima de suas próprias distorções intrapsíquicas, ou seja, das más influências ambientais, quer na infância, quer na adolescência, quer na idade adulta. Além disso, se seguiram os estudos da antropologia criminal, iniciados por Lombroso, voltados a considerar o réu como uma personalidade biologicamente ou geneticamente determinada para a anti-socialização. Acabou-se, assim, por considerar o fenômeno da criminalidade muito mais sob o aspecto da compreensão do que da reprovação e de sua conseqüente condenação. Tudo isto levou a estremecer os últimos fundamentos do direito de punição e, conseqüentemente, da própria pena, porque, como diz um velho brocardo francês, *tout comprendre c'est tout pardonner.*

A maior parte dos sistemas legislativos do tipo ocidental sofreu, assim, a influência daquela que sucessivamente foi denominada de "ideologia do tratamento." Se é verdade que o legislador não pode abdicar do direito de punir, e, por conseqüência, da pena como sanção a ser inflingida ao réu, é igualmente verdade que ele se preocupou, de vários modos, em fazer com que a execução da pena não se constituísse num fim em si mesma, mas fosse finalista, e, por conseguinte, realizada através de toda uma série de medidas e de procedimentos de tipo ressocializador, ou, como se costuma dize, reeducativo. O art. 27, da Constituição italiana, promulgada nos primeiros anos do após-guerra, diz expressamente: "As penas devem tender à reeducação do condenado". Esta ressocialização e reeducação conseguiu alcançar, em muitos casos, a fisionomia de um tratamento terapêutico e, mais precisamente, psicoterapêutico. E é importante relevar que tal tratamento se dirige não tanto aos sujeitos inimputáveis – isto é, aos enfermos ou semi-enfermos de mente –, mas sim, "àqueles declarados, em juízo, plenamente capazes de entender e de querer e, portanto, plenamente imputáveis."

Deve-se dizer que muito tem sido feito, em tal sentido, nas últimas décadas. Na Itália, criou-se uma nova ordem penitenciária, através da qual se procurava dar a máxima importância a tais diretrizes da política criminal. Surgiram também institutos para a observação e tratamento do delinqüente, entre eles, em primeiro lugar, o de Roma-Remibbia. Foram efetuadas numerosíssimas pesquisas científicas, e surgiu uma série de publicações esmeradas e dignas de todo o respeito. Uma importante revista inti-

tulada *Cadernos de criminologia clínica*, tornou-se o órgão científico de direção geral dos institutos de prevenção e pena do Ministério de Justiça italiano. Análogas atividades surgiram em outros países, sobretudo nos países escandinavos (Dinamarca, Suécia, Noruega), na Alemanha, na França, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, e outros.

Durante anos, os resultados de tais pesquisas foram debatidos em toda série de congressos internacionais, sobretudo os promovidos pela Associação Internacional de Direito Penal, pela Sociedade Internacional de Criminologia, pela Sociedade de Defesa Social e pela Fundação Penal Penitenciária, além da Organização das Nações Unidas.

Mas, no decorrer dos anos setenta, tornou-se evidente, como balanço, estarem todas essas tentativas muito aquém das expectativas. Não obstante os esforços empreendidos, o nível da delinqüência, longe de regredir, estava aumentando. Até mesmo onde foram feitas as maiores tentativas terapêuticas, o próprio fenômeno da reincidência não só não diminuiu, como estava aumentando.

Rapidamente, passou-se, então, da euforia para a desilusão. A ideologia do tratamento foi definida por muitos como utopia, a tal ponto que mais de um autor (como Bettiol, na Itália, e Alf Ross, na Dinamarca), chegavam a falar em "mito da reeducação".

Contrariamente, os defensores da eficácia do tratamento sustentavam que os fracassos deviam ser imputados ao fato de tal tratamento não ter sido aplicado corretamente e com a abundância de meios que se faziam necessários, e que, por conseqüência, longe de decretar a sua falência, o legislador deveria ulteriormente incentivá-lo.

Resta, todavia, o fato de que, neste ínterim, e não somente por causa deste fracasso, o problema das causas profundas da criminalidade, e, portanto, da procura de meios e de métodos para combatê-la, tem se revelado muito mais complexo e de difícil solução de todo o quanto fora inicialmente previsto.

Ora, é absolutamente justo afirmar que ulteriores esforços devam ser dispensados em tal sentido. É verdade, porém, que boa parte do otimismo e do entusiasmo que por tantos anos sustentaram esta perspectiva especial-preventiva, foi se perdendo. Isto é claramente reconhecível se observarmos a literatura dos países escandinavos, no que respeita ao direito e à criminologia. Mesmo essa literatura, mais do que todas as outras, foi uma entusiasta defensora daquela nova orientação especial preventiva, que criticava de maneira bastante enérgica a tradicional concepção da pena como sanção meramente aflitiva e retributiva.

Uma coisa é, todavia, certa: toda esta vasta experiência não foi inútil. Ela está inevitavelmente destinada a prosseguir no futuro com maior consciência e maturidade, e, sobretudo, com maiores conhecimentos científicos. Estes últimos, na nossa maneira de ver, deverão estar em maior sintonia com os radicais aprofundamentos operados pela psicologia dinâmica, ou do profundo, sobre a psique humana, e principalmente pela psicanálise, de Sigmund Freud. Isto porque um correto e eficaz tratamento sócio-terapêutico não é realizável sem uma adequada consciência da psicologia humana, em toda a sua profunda complexidade.

Deixando de lado o fracasso dos esforços voltados para a prevenção especial, a doutrina, de qualquer modo, tem se certificado de que a ideologia do tratamento não é capaz de dar nenhuma resposta válida e coerente à interrogação "por que se pune?" Como advertiu já no século passado, o nosso grande Francesco Carrara, punir e curar, punir e reeducar, punir e corrigir, são coisas totalmente

incompatíveis e contraditórias entre si. Punir quer dizer, de fato, acarretar um mal, uma aflição, um *malum passionis*, enquanto curar, reeducar, corrigir quer dizer exatamente o contrário, isto é, acarretar um bem enorme.

Seja ou não justa a ideologia do tratamento voltado para a prevenção especial eficaz, continua, todavia, sempre aberto o problema do significado e da função da pena. Pode-se curar ou reeducar não obstante a pena, e durante o período em que o sujeito a desconta, mas não se poderá jamais dizer que a pena, *de per si*, sirva ou possa servir para curar ou para reeducar o condenado.

A doutrina mais moderna e perspicaz terminou por compreender, de modo mais ou menos consciente, esta grave incongruência de fundo. Assim, nos últimos dois decênios, ela propôs novamente este antigo problema.

As soluções que vieram à tona são diversas, e, sob muitos aspectos, voltadas para direções opostas. Houve quem, sobretudo nos países escandinavos, na Alemanha e nos Estados Unidos, tentasse revalorizar a antiga concepção retributiva.

Associando-se a uma série de grandes dogmáticos, como Ernest Beling, Richard Schmidt, Hellmuth Mayer e outros, e inspirando-se sobretudo na psicologia dinâmica ou do profundo, muitos observaram, entre eles Streng, que a pena constitui uma reação de sociedade às suas profundas e inconscientes "necessidades emocionais". Em outros termos, diante de um delito, surge na sociedade uma profunda exigência da represália, voltada a desencadear sobre o réu as cargas agressivas suscitadas pela frustração derivada do alarme social ou coletivo.

Com essa teoria das necessidades emotivas de punição latentes no âmago da sociedade, a concepção retributiva encontraria, então, uma nova força, e pode, pois, ser chamada de "neo-retributiva". Não se trataria mais de uma exigência abstrata e mecânica de compensar o *malum actionis* com o *malum passionis*, como os grandes pensadores – de Platão a Tomaz de Aquino, de Kant a Hegel – teriam configurado a instância retributiva. Tratar-se-ia, ao contrário, de um fenômeno com profundas raízes na natureza humana. Tal fenômeno – por mais que possa parecer irracional e pouco apreciável do ponto de vista ético –, tem uma sua profunda e necessária justificação na *Natur der Sache*, ou seja, na natureza das coisas.

Todavia, esta solução para o problema do fundamento da pena, voltado para um "revival", o revivamento da retribuição, não satisfaz uma parte considerável da doutrina. O reconhecimento de tais necessidades emocionais de punição não constitui, para aqueles autores, motivo suficiente para que possam aceitá-lo, e, nem tampouco, legitimá-lo. Aliás, argumenta-se que a sociedade deveria se opor a tais exigências inconscientes, exatamente porque são irracionais e não respeitáveis da dignidade humana: o homem – afirma, por exemplo, Eusebi – não pode ser instrumentalizado para a satisfação dessas suas baixas exigências. De qualquer maneira – insiste Dolcini –, ainda que a consciência social aceitasse incondicionalmente tais exigências, nem por isso o legislador deveria fazer outro canto. Aliás, seria seu dever controlar e reprimir as mesmas o mais possível, em nome de superiores instâncias ético-jurídicas.

Apesar disso, tais críticas estão bem cientes de que, se por um lado rejeita-se a concepção retributiva por ser cruel e desumana, ainda que iluminada pela nova ética psicológica, por outro não é nem mesmo possível aceitar, *sic et simplicitur* a explicação geral-preventiva do *punitur ne peccetur*, fundada na força ameaçadora da sanção penal. É, na verdade, sempre válida a objeção de Kant segundo a

qual, se a razão da pena consiste em impedir, através da ameaça, que outros membros da sociedade caiam no delito, e não acaba-se por instrumentalizar – em função desta ameaça – o sujeito sobre o qual recai o castigo. Com certeza, como disse Hegel, a teoria da prevenção geral por meio de ameaça considera o homem "como quando se levanta um bastão contra um cão", e, portanto, "a pessoa ao invés de ser respeitada, é tratada exatamente como se trata um cão". Do momento em que o homem é fim de si mesmo, ele não pode se tornar nem objeto, nem meio ou instrumento para a realização de outras finalidades, a ele estranhas. Nisto reside o grande ensinamento contido no imperativo categórico de Emmanuel Kant.

Então, é certo que a doutrina, como foi vista anteriormente, não pode se refugiar na solução especial-preventiva representada pela ideologia do tratamento. É também verdade, porém, que se de um lado esta rejeita a concepção retributiva, não pode, por outro, nem mesmo acolher a clássica concepção geral-preventiva no sentido da ameaça.

Neste ponto, uma cômoda solução foi recentemente apresentada por aqueles que criticaram a nova concepção retributiva, ou "neo-retributiva", em favor de uma diferente, nova concepção de prevenção geral.

Assim, na Alemanha, Roxin, Hassemer, Jakobs e outros, e, na Itália, Mario Romano, Pagliaro e outros, distinguiram a clássica prevenção geral ameaçadora ou negativa, de um diferente tipo de prevenção geral, agora chamada positiva ou integradora.

Segundo tal perspectiva, a pena exerce função de prevenção geral não só quando opera negativamente, através de ameaças coercitivas, mas também quando – pelo simples fato de ser infligida, após a primeira fase da cominação – reforça ou consolida o sentimento coletivo de confiança na autoridade do Estado e na eficiência da ordem jurídica.

Também sob este aspecto não faltou um aprofundamento de tal perspectiva à luz da psicologia dinâmica, ou do profundo. Isto foi sobretudo mérito de Haffke, com seu importante livro intitulado *Tiefenpsychologie und Generalprevention*, publicado em 1976.

Foi, enfim, "descoberto" que a pena, além dos efeitos negativos-defensivos da aflição e da ameaça, tem também outros efeitos do tipo positivo-construtivo. Isto enquanto exerce a função de sustentar e considerar a consciência social, mediante a satisfação ou "reintegração" do sentimento comum de justiça. Em outras palavras, a pena reforça nos cidadãos uma atitude durável de fidelidade à lei.

Em síntese, a função geral-preventiva da pena no sentido positivo ou integrador, consistiria essencialmente em manter o sentimento de justiça, e, desse modo, a atitude de fidelidade à lei por parte da sociedade. Não seria necessário, assim, voltar-se para uma nova concepção retributiva para dar uma justificação à pena.

Pois bem, deve-se reconhecer a verdade que há em tudo isto. A pena – vista segundo a psicologia da sociedade ao invés da ótica do delinqüente – realiza efetivamente uma grande função, a de assegurar aquele profundo equilíbrio intrapsíquico entre as forças dos instintos. Em outros termos, a pena satisfaz a suprema exigência de defender a ordem interior, antes mesmo daquela exterior, impedindo assim que, da falta de controle destas forças dos instintos, não surja o caos da vida psíquica, seja ela individual ou coletiva. É verdade, no fundo, que essas supremas exigências de defesa da ordem interior não satisfeitas pela pena através da conservação e da consolidação de sentimentos fundamentais relati-

vos aos valores, quais sejam: a consciência ética, a justiça, a fidelidade à lei, à autoridade do Estado, à segurança da ordem jurídica.

Tal afirmação é, portanto, exata. Mas o erro dos autores da chamada prevenção geral integradora ou positiva consiste em atribuir tudo isto à função geral preventiva da pena, quando, na nossa maneira de ver, trata-se simplesmente dos efeitos típicos da função retributiva, exatamente conforme a ótica da concepção clássica, iluminada pela visão psicodinâmica neo-retributiva. Em outras palavras, o erro daqueles que criticam a concepção retributiva ou neo-retributiva da pena, consiste em atribuir a ela uma dimensão distorcida e extremamente restritiva.

É precisamente o conceito de retribuição que apresenta, *de facto*, sempre, uma dupla dimensão: negativa e positiva. Retribuição não é sinônimo de sádico desabafo de instintos agressivos, *sic et simpliciter*, e nem é necessariamente sinônimo de retorsão, ou vingança a fim de si mesmo. Não é nem mesmo uma resposta à exigência meramente abstrata e mecânica para compensar ou nivelar um *malum actionis* com um *malum passionis*. Essa interpretação negativa do clássico pensamento é, repetimos, profundamente distorcida e restritiva, e ofende a idéia inspiradora que residia na mente e no coração daqueles grandes escritores "retribucionistas", tais como Platão, Dante Alighieri, Tomaz de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel etc., para nos limitarmos aos pensadores não-juristas. É equivocado pensar-se que todas estas inteligências conceberam a pena simplesmente como *pubblica vindicta* e, portanto, limitaram-se a entendê-la como mero desabafo das exigências emotivas intrapsíquicas de punição por parte da sociedade. Se olharmos bem as suas obras, veremos que foram justamente eles que conceberam a pena em função da realização, e, portanto, da consolidação e do reforço dos sentimentos profundos de justiça, e, por conseqüência, dos sentimentos de fidelidade à lei e à ordem constituída.

Em outros termos, não é de "prevenção geral integradora" que se deve propriamente falar, mas sim, de retribuição integradora, ou melhor, de restituição do significado positivo e construtivo que sempre foi próprio da clássica idéia retributiva. A prevenção geral não é outra coisa que prevenção de futuros delitos; mas esta prevenção não é senão um "efeito induzido" da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça.

Feita esta importante retificação e reintegrando, assim, a clássica concepção retributiva no seu significado mais profundo, é necessário examinar, a esta altura, se em tal concepção clássica, considerada à luz da moderna psicologia dinâmica ou do profundo, pode-se encontrar uma justificação criminológica ainda mais correta e persuasiva.

Temos como de ponto de partida, a concepção hegeliana da chamada retribuição jurídica. Hegel diz que a pena é "a negação da negação" representada pelo delito, ou, mais precisamente, que *die Strafe ist das Aufheben des Verbrechens das sonst gelten würde, und ist die Wiederstellung des Rechts*, isto é, "a pena é a remoção do delito e, de tal modo, a reconstituição do direito". Pois bem, o que significa esta misteriosa afirmação?

Parece-nos que, revendo-a à luz da atual ótica científica, esta afirmação pode ser assim ulteriormente traduzida, em termos modernos de psicologia dinâmica ou do profundo: "a pena serve para remover do campo da consciência o turbamento, isto é, o alarme social provocado pelo fato delituoso, com a conseqüente reconstituição do equilíbrio intra-

psíquico, quer individual, quer social, ou seja, da ordem coletiva, e, portanto, da ordem jurídica constituída."

É ao próprio Hegel que devemos a máxima expressão filosófica da concepção retributiva (retribuição jurídica). Esta foi uma intuição genial, que nos oferece, agora, a chave para a solução "moderna" do problema do fundamento da pena.

O mecanismo pelo qual a sociedade inflige um sofrimento, ou seja, um *malus passionis* a quem tenha cometido um *malus actionis*, não tem a finalidade voltada para si mesmo; nem tampouco deseja satisfazer necessidades emocionais de punição, entendidas no baixo sentido de necessidades sociais de vingança, mas exerce uma função muito mais profunda e construtiva no âmago da psique humana. Este exemplo trazido da vida social pode ser muito útil para a compreensão do fenômeno.

Na Itália, e acredito que também em muitos outros países, existe até hoje a tradição – embora vá perdendo a sua força –, de jogar para fora da janela, à meia noite da festa de São Silvestre, os objetos velhos e inúteis. Que função intra-psíquica possui esta tradição? Simplesmente aquela de remover de modo definitivo do campo da consciência, e com isso da própria memória, todos os episódios "ruins" e suas conseqüências negativas que perturbaram o equilíbrio intrapsíquico durante o decorrer do ano velho que está por terminar. Diz-se de fato: "Ano novo, vida nova".

Pois bem, a pena age no íntimo através de um mecanismo de regeneração e de reequilíbrio, que é substancialmente o mesmo acima descrito. O delito, com o seu conseqüente alarme social, perturba o equilíbrio ínsito na consciência coletiva. Eis, então, que intervém a pena para reconstituir este equilíbrio neutralizando os efeitos do delito, e, com isso, o perigo do desequilíbrio e da conseqüente ruptura da ordem interior. Tal neutralização intrapsíquica não é senão um dos fundamentais mecanismos de defesa do Eu, voltado às finalidades sadias e vitais, a tal ponto que, sem ele, a vida do homem seria impossível: exatamente o mecanismo que a psicologia dinâmica costuma chamar de remoção (em alemão, *Verdrängung*). Punindo o delinqüente, o delito é, por assim dizer, eliminado da consciência, e, por conseguinte, da lembrança coletiva.

As conclusões a que chegamos são, em síntese, as seguintes: é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como "efeitos induzidos", ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da união; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma mas que visa ao mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutralizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intrapsíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva.

É justamente através deste mecanismo de neutralização, ou de remoção do alarme social, ativado com a punição do réu, que se alcançam os efeitos da consolidação e reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e da consciência jurídica coletiva.

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de

vista este necessário significado de decorrência de um *malum actionis*, considerando, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intrapsíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de justiça e nem a consciência jurídico-social encontrarão a necessária satisfação e consolidação.

Existe, hoje, uma tendência cada vez mais acentuada na doutrina alemã e italiana, de abandonar os tradicionais esquemas dogmáticos, baseados no princípio fundamental de culpabilidade, ou seja, de responsabilidade ético-jurídica. Seja a teoria do crime, seja a da pena, são hoje reconstruídas por autores como Roxin e Jacobs, segundo significados pragmáticos, unicamente orientados e preocupados em soluções de política criminal. A justificação da pena no quadro da prevenção geral integradora – que aqui examinamos e criticamos – é, exatamente, um dos tantos frutos – o mais evidente, mas também o mais capcioso – desta nova concepção da dogmática criminal. Através da demonstração de sua inconsistência e de sua esterilidade justamente no plano dos efeitos práticos, acreditamos ter oferecido uma contribuição central na defesa da perspectiva dogmática tradicional.

Deveria ficar claro para todos que, negando-se a natureza retributiva da pena, nega-se que a culpabilidade reside na base da responsabilidade penal.

Se, além disso, se atribuir ao conceito de culpabilidade um significado diferente daquele tradicional, que é o de "reprovabilidade, por ter agido diversamente de como se deveria", então não mais se conseguirá discernir qual a pena justa, isto é, capaz de compensar o mal cometido. Termina-se por não se entender o que é exatamente a pena.

Finalmente, se não se basear a pena na culpabilidade, então não se compreenderá mais qual é o próprio fundamento do conceito de crime, desde que o fato cometido pelo sujeito não é culpável – enquanto não-imputável – puder, afinal, ser considerado um puro ilícito administrativo.

Chegar-se-á, portanto, a estas inaceitáveis conseqüências se conceber-se a dogmática penal em base não mais ontológica, mas somente de política criminal, renunciando à idéia de retribuição para fundamentar a pena exclusivamente no objetivo de prevenção geral.

2 – DOUTRINA NACIONAL

SIGILO BANCÁRIO (POR QUEM E QUANDO PODE SER VIOLADO)

HELIOS NOGUÉS MOYANO

ADRIANO SALLES VANNI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Quebra de Sigilo Bancário pelo Poder Judiciário – 3. Quebra de Sigilo Bancário pelo Poder Legislativo e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito – 4. Quebra de Sigilo Bancário pelo Fisco – 5. Quebra de Sigilo Bancário pelo Ministério Público Federal – 6. Conclusão.

1. Introdução

Pensar em sigilo bancário é pensar, necessariamente, na dicotomia direito à intimidade/interesse público.

Juarez Tavares, insigne Professor de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro, em erudito parecer publicado no n. 1 da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* sob o título *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, após lapidar enunciado no sentido de que "o sigilo não é do banco, é do homem que utiliza o banco, que com ele negocia", nos lembra, equacionando o problema com rara precisão, que "a Constituição Federal de 1988, acolhendo precisamente os eflúvios liberais das leis fundamentais européias de pós-guerra, inseriu entre os direitos e garantias individuais a proteção à esfera privada" e que, "disposto como direito fundamental, por extensão da proteção à vida privada, o sigilo bancário constitui, na verdade, o que a doutrina chama de direito individual relativo, isto é, sua proteção pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação de dados individuais, desde que, entretanto, assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada".[1]

De fato, o segredo acerca das finanças carateriza direito individual que não só pode como deve ceder diante de interesse maior como, *v.g.*, o da coletividade. Entretanto, não se pode atingir um direito constitucionalmente protegido sem que para tanto sejam tomadas todas as precauções possíveis no sentido de garantir que a pessoa alcançada por tão drástica medida seja afetada o mínimo necessário.

Conseqüentemente, tratando-se de quebra de sigilo bancário, mostra-se imprescindível que a legislação pertinente a tão delicado assunto seja absolutamente respeitada. Nenhuma concessão pode ser feita, muito menos para alargar o conteúdo e o alcance das normas que regulamentam a matéria. Pelo contrário, a interpretação dessa legislação deve ser sempre e sempre restritiva.

Ou, nas palavras de José Carlos Dias, insigne advogado de São Paulo, "impos-

(1) TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*, p. 106-107.

sível cogitar-se de exegese que induza ou tolere interpretação extensiva de qualquer artigo de lei, que tenha por finalidade violar as prerrogativas da cidadania".[2]

Pode-se afirmar, portanto, que o sigilo bancário é direito individual que, apesar de constitucionalmente protegido, pode ser violado, posto que não absoluto e sim relativo, devendo, para tanto, serem observados não só o devido processo legal como todas as garantias de proteção à intimidade, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

Vale dizer, só possível violar sigilo bancário mediante ordem de quem a lei confira poderes nesse sentido, e desde que esses poderes sejam exercidos de acordo e dentro dos limites estabelecidos nessa mesma lei.

Pois bem. A legislação específica acerca da matéria em exame é composta, basicamente, do art. 38 e parágrafos da Lei 4.595, de 31.12.1964, e do art. 29 e parágrafo único da Lei 7.492, de 16.06.1986.

O primeiro desses dispositivos legais regulamenta a obtenção de informações bancárias por parte do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, das Comissões Parlamentares de Inquérito e, ainda, pelos agentes fiscais tanto do Ministério da Fazenda quanto dos Estados.

A análise da doutrina e da jurisprudência sobre esse artigo de lei parece indicar uma tendência francamente majoritária, para não dizer absoluta, no sentido de que a violação do sigilo bancário pode ser determinada pelo Poder Judiciário, pelo Legislativo e pelas CPIs, sendo também majoritário o entendimento segundo o qual os agentes fiscais – federais ou estaduais – devem se valer do Poder Judiciário para a obtenção das referidas informações.

Já o art. 28 e parágrafo único, da Lei 7.492/86, regula a obtenção dessas mesmas informações por parte do Ministério Público Federal, nos crimes nela previstos, não existindo, ainda, consenso quanto à possibilidade ou não do *parquet* obtê-las diretamente, isto é, sem a anuência prévia do Judiciário.

Entendemos, entretanto, que a única possibilidade de se obter – de forma lícita – a quebra de sigilo bancário é por meio de ordem judicial. Aliás, ordem judicial devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF).

O Poder Legislativo, as CPIs, o Fisco e o Ministério Público, quando entenderem necessária a obtenção de informações protegidas por aquele sigilo deverão requerer à autoridade judicial competente que determine o fornecimento dessas informações por parte do Banco Central ou de alguma outra instituição financeira.

Ademais, diante do teor da legislação vigente, o Judiciário só poderá romper o manto protetor das informações bancárias na constância de uma Ação Judicial, nunca com base apenas num procedimento de natureza meramente administrativa.

2. Quebra de Sigilo Bancário pelo Poder Judiciário

A cabeça do art. 38, da Lei 4.595/64, contém a regra geral acerca da questão, com a seguinte redação:

"As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

Contudo, já no § 1.º desse dispositivo, está implicitamente contida não só a autorização legal para o Poder Judiciário quebrar essa regra, como também, e sobretudo, as circunstâncias e o momento em que pode fazê-lo.

(2) Sigilo bancário – Quebra – Requisições da Receita Federal e do Ministério Público. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11/240.

Consta do referido parágrafo:

"§ 1.º As informações e esclarecimentos *ordenados* pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos *em Juízo*, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as *partes legítimas na causa*, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma" – grifamos.

Três expressões ali contidas merecem destaque: "ordenados", "em Juízo" e "partes legítimas na causa".

A primeira delas importa, s.m.j., na seguinte conclusão: afirmando o legislador que o Poder Judiciário *ordenará* ao Banco Central e às instituições financeiras que prestem informações acerca de suas operações ativas e passivas, bem como sobre os serviços por eles prestados, deixa evidente que o Judiciário tem o *poder* de *ordenar*, de *determinar* que assim seja feito, sem qualquer possibilidade de negativa por parte dessas instituições.

Já, as duas últimas apontam *o momento* em que a autoridade judicial poderá determinar essas medidas: apenas na constância de uma ação judicial.

Manoel Pedro Pimentel, analisando e comentando este dispositivo, em sua obra *Direito Penal Econômico*, e chamando a atenção para essas duas expressões, ambas com um significado técnico-jurídico absolutamente definido, conclui, com toda propriedade, que "se o juiz não estiver no pleno exercício da atividade jurisdicional, não poderá ordenar tais diligências, mesmo que pretenda fazê-lo no exercício regular das suas funções administrativas".[3]

Aliás, segundo o saudoso Prof. da Universidade de São Paulo, "nem mesmo o Presidente do Tribunal de Justiça, que é o chefe do Poder Judiciário, poderá ordenar tais providências, a não ser em razão de *uma causa*, entendida esta expressão no seu sentido de demanda, da *ação judicial*". "*Causa* é a demanda, a ação posta em *juízo*", insiste o mestre, esclarecendo, ainda, que a "*causa* poderá ser, com o sentido de *demanda*, de natureza civil, criminal, trabalhista etc., *não se incluindo nesse conceito os procedimentos administrativos...*".[4]

E com toda razão o renomado mestre.

A uma, porque, "como é cediço, os termos técnicos da lei devem ser interpretados tecnicamente, pois, observou o ex-Ministro do STF Firmino Vaz, se há, na lei, 'palavra de significação científica, não há porque, em substituição, empregar-se a estranha ao falar científico'". Aliás, "princípio fundamental de hermenêutica determina que as palavras ou termos da lei devem ser interpretados no seu sentido normal, usual, comum, ordinário ou popular *salvo quando se utilizam termos técnicos, pois estes devem ter o sentido técnico*".[5]

A duas, repita-se, porque não é permitido ao aplicador da lei alargar o conteúdo desta para ferir direito individual, máxime se constitucionalmente protegido.

Assim, como afirmado anteriormente, mostra-se evidente que o Poder Judiciário, apesar de ter o poder legal de determinar a quebra de sigilo bancário, só poderá fazê-lo na constância de uma ação judicial, jamais durante ou com fundamento apenas em procedimento administrativo.

Conseqüentemente, não haverá embasamento legal para qualquer ordem judicial que vise violar sigilo bancário durante ou na constância de inquérito policial, pois não resta dúvida que "é um *proce-*

(3) *Op. cit.*, São Paulo : RT, 1973, p. 188.

(4) Idem, p. 189 - grifos nossos.

(5) AZEVEDO, David Teixeira de. Breve reflexão sobre o art. 83 da Lei 9.430/96. *Boletim do IBCCrim*, n. 53.

dimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal".[6]

3. Quebra de Sigilo Bancário pelo Poder Legislativo e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito

Os §§ 2.º e 3.º, do art. 38, da Lei 4.595/64, encontram-se assim redigidos:

"§ 2.º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas *prestarão* informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3.º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da CF e Lei 1.579, de 18.03.1952), *obterão* as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil" – grifei.

Diante do teor desses parágrafos, parece existir um quase consenso no sentido de que o Poder Legislativo e as CPIs têm poderes para ordenar a quebra de sigilo bancário. Quanto àquele, diante do disposto no § 2.º e, quanto a estas, em face não apenas do disposto no § 3.º desse mesmo artigo de lei, senão também, e principalmente, em decorrência do teor do art. 58, § 3.º, do atual texto constitucional, que confere a essas comissões "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais".

É o que pensa, dentre outros, o próprio Tavares, para quem, "conforme a Lei 4.595/64, ainda em vigor, a violação do sigilo bancário só se poder realizar mediante *ordem* do Poder Judiciário (§ 1.º), do Poder Legislativo (§ 2.º) ou de Comissão Parlamentar de Inquérito (§ 3.º)".[7]

Contudo, não nos parece ser esse o resultado da melhor interpretação sistemática – e atual – desses dispositivos.

Não se pode negar que eles, lidos e estudados de forma isolada, dão a nítida impressão de que o Legislativo e as CPIs, contando com a aprovação a que faz menção o § 4.º, podem, sem qualquer solicitação prévia ao Judiciário, quebrar o sigilo bancário de alguém.

E isso, porque tanto num quanto noutro, o legislador utilizou expressões que apontam nesse sentido. Afinal, afirmando a lei que o Banco Central e as instituições financeiras públicas *prestarão* informações ao Poder Legislativo (§ 2.º), e que as CPIs *obterão* as informações que necessitarem das instituições financeiras (§ 3.º), parece óbvio ser impossível uma negativa por parte daquelas instituições em fornecer informações bancárias, suas ou de seus clientes, quando a solicitação provenha do Legislativo ou de uma CPI.

Ocorre, entretanto, que esses dispositivos não podem ser interpretados sem levar em consideração o disposto no parágrafo seguinte, assim redigido:

"§ 4.º Os *pedidos* de informações a que se referem os §§ 2.º e 3.º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros" – grifamos.

Note-se que, aqui, o legislador preferiu o vocábulo *pedidos*, que tem um significado técnico-jurídico perfeitamente definido.

Pedir, juridicamente, tem o sentido de *requerer* e não de *requisitar*, sendo que

(6) MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas – SP : Bookseller, 1997, v. I, p. 148 – grifamos.

(7) Idem *supra*, p. 107 – grifos nossos.

"requisição tem conteúdo de exigência e significa mais que requerimento. *Requisitar* é pedir aquilo que *deve* ser feito, *requerer* é pedir aquilo que pode ser feito".[8]

Por isso, quando o legislador quer dar a determinada autoridade o poder de determinar que certa diligência seja cumprida, lança mão, sempre, do verbo *requisitar*. Entretanto, quando quer que o cumprimento de uma diligência fique a critério de quem estiver encarregado de determiná-la ou de cumpri-la, usa os vocábulos *pedir*, *requerer*.

As partes pedem, o juiz requisita, ordena.

E se assim é – e de fato é, pois além de não existirem na lei palavras inúteis, repita-se, os termos técnicos nela utilizados devem ser interpretados sempre tecnicamente – tanto o Poder Legislativo quanto as CPIs, quando precisarem de informações protegidas pelo sigilo bancário, ademais de contar com a aprovação prévia do plenário da Câmara ou do Senado, no caso daquele, ou da maioria absoluta de seus membros, no caso destas, terão, necessariamente, de *pedir* ao Poder Judiciário que determine seu fornecimento por parte do Banco Central ou de alguma instituição financeira, pois, como demonstrado, é ele o único a quem a lei confere poderes para tanto.

Por outro lado, não é ocioso lembrar que para o Poder Judiciário atender a esse pedido não bastará que o mesmo esteja devidamente instruído com a prova de sua aprovação por parte das autoridades competentes (o plenário da Câmara ou do Senado ou da maioria absoluta dos membros da CPI, conforme o caso). Será necessário, também, que o requerimento seja feito em razão de uma ação judicial, porquanto, como demonstrado anteriormente, processo judicial instaurado é condição *sine qua non* para que qualquer autoridade judicial possa determinar a quebra de sigilo bancário.

Só pode ter sido essa a vontade do legislador. Caso contrário, insisto, no § 4.º não teria usado o vocábulo "pedidos" e sim "requisições".

Ou, ao menos, teria se valido da mesma expressão utilizada no § 1.º – "... informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário..."

Ainda quanto às CPIs, há quem sustente que o simples fato do art. 58, § 3.º, do texto constitucional ter-lhes atribuído *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* as autoriza a determinar, diretamente, a quebra de sigilo bancário.

Entretanto, isto não é correto. Aqui, a impossibilidade de uma CPI determinar diretamente ao Banco Central ou a qualquer instituição financeira o fornecimento de informações acerca de suas operações ou das de seus clientes é, fundamentalmente, de ordem prática – e a explicação, de rara simplicidade.

Basta, para tanto, lembrar que "*o inquérito parlamentar propriamente dito ostenta natureza administrativa*, tanto na forma como na substância, com finalidade meramente investigatória...".[9]

Conseqüentemente, se as CPIs ostentam *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* e se estas *não podem quebrar o sigilo bancário com base apenas num procedimento administrativo*, podendo fazê-lo somente no desempenho de sua atividade jurisdicional e na constância de uma *causa*, de uma *demanda*, vale dizer, de uma *ação judicial*, como se permitir que uma CPI,

(8) *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo*, 34/73.

(9) TUCCI, Rogério Lauria. Comissão Parlamentar de Inquérito. Atuação – Competência – Caráter investigatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 6/175 – grifamos.

que sempre e sempre estará atuando no âmbito de um procedimento de natureza eminentemente administrativa, determine a quebra do sigilo bancário deste ou daquele cidadão, cuja intimidade (e o segredo quanto às suas finanças faz parte dela) está constitucionalmente protegida?

Para tanto, ter-se-ia que alargar o conteúdo da legislação em vigor para atingir direitos e garantias fundamentais, o que, além de se mostrar absolutamente inaceitável num Estado Democrático de Direito, representaria, sem dúvida, um mal maior que aquele que se quer remediar com a quebra do sigilo, pois estar-se-ia agredindo frontal e irremediavelmente a própria ordem jurídica que se pretende proteger.

Ademais, como argutamente observa o Prof. Titular da Faculdade de Direito da USP e Doutor em Direito da Universidade de Paris, Fábio Konder Comparato, "a atribuição constitucional às Comissões parlamentares de inquérito dos 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais', vale repetir, importa, em si mesma, uma óbvia limitação de grau: aqueles órgão legislativos não têm poderes superiores aos que competem ao Judiciário, em qualquer circunstância".[10]

Portanto, as CPIs não podem determinar diretamente, isto é, sem passar pelo crivo do Judiciário, qualquer violação de sigilo bancário, sob pena de praticarem inquestionável abuso de poder.

4. Quebra de Sigilo Bancário pelo Fisco

Dispõe o art. 38, § 5.º, da Lei 4.595/64:

"Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver *processo instaurado* e os mesmos forem considerados indispensáveis pela *autoridade competente*" – grifei.

Aqui, como nos outros parágrafos, obviamente, a interpretação também tem que ser restritiva.

Portanto, o *processo instaurado*, a que se refere a lei, só pode ser um processo judicial, nunca um procedimento administrativo, pois, como sabido, "processo e jurisdição são conceitos correlatos", sendo que "a palavra 'processo' traduz a própria jurisdição em exercício".[11]

Acerca da questão, o STJ, em memorável acórdão da lavra do Min. Demócrito Reinaldo, no REsp 37.566-5/RJ, já se manifestou no sentido de que, "mesmo a leitura rigorosa do § 5.º do art. 38, empregando a paupérrima exegese literal, não deixa dúvidas, porque se utiliza o substantivo 'processo', a denominar a relação jurídica processual, sabido que, na órbita administrativa, o legislador, em geral, utiliza a palavra menos ambiciosa de 'procedimento', por exemplo, no art. 399, II, que menciona os 'procedimentos administrativos'; o art. 142 do CTN, ou, então, quando emprega 'processo', sempre adjetiva com 'administrativo' (*v.g.*, no art. 2.º, § 5.º, VI, da Lei 6.830/80)".

Ademais, se esse processo é judicial, como de fato é, a *autoridade competente* a que a lei faz menção, logicamente, só pode ser um magistrado.

Em suma, os agentes fiscais só poderão obter informações bancárias de algum contribuinte durante uma ação judicial (nunca em razão apenas de procedimento administrativo), devendo para isso requerê-las à autoridade judicial competente (juiz da causa), que só determinará

(10) Comissões Parlamentares de Inquérito – Limites. *Rev. Trimestral de Dir. Público*, 5/74.

(11) MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 348-9.

que as mesmas sejam prestadas se, fundamentadamente, as considerar indispensáveis.

5. Quebra de Sigilo Bancário pelo Ministério Público Federal

A leitura do art. 29 e seu parágrafo único da Lei 7.492, de 16.06.1986, parece indicar que o Ministério Público Federal, nos crimes nela previstos, detém o mesmo poder que o Poder Judiciário quanto à possibilidade de determinar, diretamente, a violação de sigilo bancário.

Consta desse dispositivo:

"Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá *requisitar*, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo" – grifei.

Cremos, entretanto, que apesar do termo *requisitar* empregado no dispositivo em tela demonstrar a vontade do legislador no sentido de dar ao Ministério Público Federal o poder de determinar a quebra de sigilo bancário quando a hipótese envolva os ditos "crimes do colarinho branco", essa violação não poderá ocorrer sem a prévia concordância do Judiciário, pois haveria flagrante afronta ao disposto nos incs. X, LIV e LV, da própria CF.

O Prof. Pimentel, discorrendo sobre o assunto, após afirmar que "com a redação dada a este art. 29, o órgão do Ministério Público Federal adquire amplos poderes para requisitar diretamente, a qualquer autoridade, 'informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes', independentemente de passar pelo crivo do Juízo", e destacando que "a mesma franquia não é concedida à defesa, que continuará dependendo de aprovação judicial para obter a produção de prova ou a realização de diligência requeridas", conclui, com toda propriedade, haver "um tratamento desigual às partes, desequilibrando a balança dos direitos e obrigações processuais, favorecendo o Ministério Público, o que pode ser até entendido como *quebra do princípio constitucional que garante a plenitude de defesa, com todos os meios e recursos inerentes, ferindo, ainda, o princípio, também constitucional, do contraditório*".[12]

Tavares, por sua vez, mostra-se mais incisivo.

Para ele, "é inconcebível se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania. O combate à criminalidade e a defesa do invocado interesse público não justificam um sistema dessa ordem, porque violador da dignidade humana".[13]

Aliás, para o Ilustre Procurador da República, nem mesmo o disposto no art. 129, VIII, da Carta Magna, autoriza o Ministério Público Federal a determinar diretamente a quebra do sigilo, pois esta norma "deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 5.º, LIV, onde se exige a observância do devido processo legal para exercitar contra alguém qualquer medida de limitação ou supressão de liberdade. *Como a violação do sigilo bancário implica, evidentemen-*

(12) Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. *Comentários à Lei 7.492, de 16.06.1986*. São Paulo : RT, 1987, p. 188 – grifei.

(13) Idem *supra*, p. 108 – grifei.

te, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente pode ser efetuada, sob as garantias do processo legal, por ordem judicial".[14]

Portanto, conclui ele, "se é necessário o devido processo legal, evidentemente, não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas a *ordem judicial fundamentada*".[15]

6. Conclusão

Diante do teor da legislação em vigor, *mostra-se evidente que a quebra de sigilo bancário só pode ser obtida mediante ordem judicial devidamente fundamentada e esta ordem só pode ser dada em razão de uma demanda*, de uma ação judicial.

Por outro lado, os representantes ou diretores de instituições financeiras que fornecerem informações sobre a movimentação bancária de algum cliente, atendendo à solicitação emanada de qualquer outro órgão que não o Judiciário estarão, pelo menos em tese, praticando o crime descrito no § 7.º, do art. 38, da Lei 4.595/64, sujeitando os infratores "à pena de reclusão, de um a quatro anos", ou, conforme o caso, o delito descrito no art. 18 da Lei 7.492/86, com idêntica pena corporal acrescida de multa, sendo-lhes lícito, entretanto, valer-se de Mandado de Segurança ou de *Habeas Corpus*, conforme o caso, para se proteger de eventuais ilegalidades contra eles praticadas por alguma autoridade.

(14) Idem *supra*, p. 108 – grifei.

(15) Idem *supra*, p. 108 – grifei.

2 – DOUTRINA NACIONAL

TORTURA
BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A LEI 9.455/97

ALBERTO SILVA FRANCO

1. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu para o legislador infraconstitucional, entre outros encargos, o de dar tutela penal a determinados bens jurídicos. Não se satisfez, contudo, em indicar esses bens jurídicos. Foi além. Em alguns casos, especificou os destinatários das normas penais, a espécie de pena a ser cominada, a exclusão de uma ou de mais causas de extinção de punibilidade, a supressão de alguns direitos processuais. O que teria movido o legislador constitucional a invadir, de maneira tão explícita, a área de atuação reservada normalmente ao legislador ordinário? De um lado, a consideração de que certos bens jurídicos, pela importância que lhes era ínsita, deveriam ficar resguardados, mesmo em nível constitucional, através de uma adequada proteção penal. Para esse entendimento, os meios de comunicação de massa contribuíram, de modo destacado, conduzindo o legislador constitucional a uma precipitada avaliação do merecimento penal desses bens jurídicos. De outro lado, a consideração de que o Direito Penal seria o único instrumento de controle formal adequado à eficaz garantia dos mencionados bens jurídicos, sendo certo, assim, que a incriminação não representava apenas um juízo de merecimento de pena, mas, sim, e sobretudo, um juízo de necessidade dessa pena. Deste modo, o legislador constitucional chamou para si os critérios aferidores que seriam próprios do legislador infraconstitucional para efeito de incriminar, ou não, determinadas ofensas a bens jurídicos relevantes.

A prática de tortura está expressamente referida na CF – art. 5.º, inc. XLIII – como sendo um fato criminoso equiparável aos crimes hediondos e que não poderia, como o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ser afiançável, nem suscetível de graça ou de anistia. Apesar da explícita menção constitucional ao crime de tortura e de ter o Brasil ratificado, respectivamente, em 28.09.1989 e em 20.07.1989, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, assumindo o compromisso internacional de considerar delitos *em seu direito penal*, todos *os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza*, nenhuma providência foi seriamente adotada até março de 1997 para atender quer ao texto constitucional, quer aos compromissos internacionais.

É exato que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas-Corpus* 70.389-5, por estreita maioria de votos (um único voto a mais), e com composição diversa da atual, sustentou a aplicabilidade do art. 233 do ECA, considerando, assim, existir, no Direito Penal Brasileiro, o tipo de tortura no caso em que a vítima for menor de dezoito anos de idade. A questão foi longamente examinada, na anterior edição do livro "Leis Penais Especiais e sua Interpretação

Constitucional", na parte relativa ao Estatuto da Criança e do Adolescente (item 4.02 "f") e mereceu um estudo, em profundidade, de Sylvia Helena Steiner Malheiros, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (O Princípio da Reserva Legal e o Crime de Tortura na Legislação Brasileira. 1996, v. 13, p. 163). A matéria tornou-se, no entanto, superada em face da Lei 9.455/97, que revogou, de forma expressa, o art. 233 do ECA.

Em março de 1997, as arbitrariedades praticadas por policiais-militares na Favela Naval, em Diadema, Estado de São Paulo, tiveram enorme repercussão, em nível nacional e, até mesmo, internacional. O que, em verdade, não era um fato isolado, mas, sim, uma postura que se repetia, com freqüência, na ação de policiais, militares ou civis, e que, em medida bem alargada, era tolerada, nos diversos escalões hierárquicos das corporações a que tais policiais pertenciam, passou, subitamente, pelos meios de comunicação de massa, por razões que não ficaram ainda devidamente esclarecidas, a constituir um fato merecedor de reprovação geral. Esses meios de comunicação social que tinham ignorado, por completo, as reiteradas denúncias do emprego de métodos violentos por parte da Polícia Militar e da Polícia Civil, nas atividades de prevenção e de repressão aos delitos, e que tinham desprezado insistentes relatórios internacionais sobre a utilização de tais métodos, puseram-se em movimento e, através das emissoras de televisão e de rádio e, também da imprensa escrita, despertaram a opinião pública que se mobilizou, de modo incisivo, no sentido de pôr paradeiro aos atos de tortura, que eram executados, há muito tempo, sem nenhum tipo de reação. Essa tardia e densa manifestação da sociedade permitiu – embora não se saiba durante quanto tempo os meios de comunicação de massa serão direcionados para tal objetivo – um processo de revaloração dos direitos fundamentais da pessoa humana e serviu de poderosa alavanca para a movimentação do Congresso Nacional. Com isso, apressou-se, sem maiores discussões, um dos projetos de lei sobre tortura que dormia, a sono solto, no Senado da República (há notícia de vários projetos de iniciativa de congressistas e de um projeto de iniciativa do Poder Executivo, datado do ano de 1990) e, com rapidíssimas votações, foi transformado na Lei 9.455, de 07.04.1997, publicada no *DOU* de 08.04.1997. O Brasil foi, sem dúvida, um dos últimos países do mundo ocidental a incluir, em sua tipologia oficial, o delito de tortura. É inquestionável que a lei configuradora desse crime poderia ter sido melhor formulada – sob essa ética, as deficiências do texto legal são notórias, gritantes mesmo – mas será sempre preferível, em matéria de tortura, uma figura típica que possa ser melhorada, do que a carência tipológica. A simples existência do tipo de tortura já constitui, em si mesma, um progresso enorme na área de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana e representa um fator psicológico capaz de reduzir, ou mesmo, de inerciar a atividade delitiva dos torturadores que agiam até bem pouco tempo sob o manto protetor e seguro da impunidade. Vêm sempre a pêlo, quando se fala de tortura, as observações feitas por Joan Queralt Jimenez (*Derecho Penal Español – Parte Especial*. Barcelona : Bosch, 1992, p. 794-795) a partir do quadro sócio-político espanhol, mas também pertinentes em relação à realidade brasileira: "suele argumentarse que ante la brutalidad de los hechos terroristas, el empleo de métodos expeditivos, aunque prohibidos por la Ley, pueden justificarse. Ello es un craso *error* por varios motivos. El primero de ellos es que no existe razón que mueva a comportarse como un caballero a quien tortura al presunto terrorista cuando se halla en presencia de otro tipo de delincuente; o dicho de otro modo: la tortura es una práctica progresiva que no conoce

límites; hoy puede ser el terrorismo y mañana el tráfico de drogas o siempre el oponente político o el ratero. La segunda razón estriba en la más crasa de las incompetencias profesionales por parte de las autoridades y funcionarios policiales, apoyada por ciertas connivencias en otros sectores; cuanto más violenta y organizada es la delincuencia, tal como ocurre con el terrorismo y otras modalidades de bandolerismo moderno, a respuesta policial tiene que ser más sofisticada y mucho menos visceral. Esperar un comportamiento gentil y cooperativo por parte de un (presunto) delincuente es un soberano dislate. Lo difícil no es saltar la Ley a la torera – máxime cuando se sabe de básicas complicidades, apoyos y aplausos –; lo difícil es cumplir con la función de prevención y de averiguación de los hechos punibles siguiendo las pautas de la Ley; y, para eso, en primer lugar, hay que conocer la Ley."

2. A tortura, de acordo com o com a Lei 9.455/97, está centrada nas condutas humanas representadas pelos verbos "constranger", "submeter" e "omitir". As duas primeiras modalidades de expressão do delito de tortura apresentam uma estrutura gramatical comum: verbos transitivos que exigem, como dados essenciais da própria ação, complementos verbais, ou seja, objeto direto e objeto indireto e, além desses complementos, um adjunto adverbial de modo. A última exibe uma estrutura gramatical mais simples: verbo transitivo direto e um complemento adverbial de tempo.

"Constranger", nessa composição tipológica, tem o sentido de "forçar", "coagir", "violentar" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Lingua Portuguesa*, 2.ª ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986, p. 461) ao passo que "submeter" tem o significado de "dominar", "vencer", "subordinar" (Aurélio Buarque de Holanda, *op. cit.*, p. 1.623). Ambos os verbos denunciam ações dotadas de uma perceptível carga de ilicitude. Não obstante, os dois verbos necessitam ser complementados. O objeto direto de um e de outro é designado pelo vocábulo "alguém". Destarte, o constrangimento ou a submissão devem ser exercidos sobre "alguém", isto é, sobre uma certa pessoa. A determinação do objeto direto não se revela, contudo, suficiente para expressar os contornos dos comportamentos delituosos. É mister que se efetue a complementação das ações tipificadas com a referência ao objeto indireto. Não basta, portanto, "constranger" ou "submeter" "alguém". É necessário que essa pessoa seja constrangida ou submetida a alguma coisa. Ora, o "sofrimento físico ou mental" constitui o elemento necessário de complementação das ações enunciadas. "Submeter" ou "constranger" "alguém" a um "sofrimento físico ou mental" não representam, contudo, o esgotamento da estrutura típica comum às duas formas de tortura. Há ainda um adjunto adverbial de modo que deve, necessariamente, acompanhar os procedimentos executados, ou seja, o emprego de violência ou grave ameaça. Assim, as duas modalidades de tortura se acomodam, de início, numa armação tipológica comum.

A partir daí, no entanto, são detectáveis diferenças bastante significativas entre uma e outra dessas modalidades.

Assim, na hipótese de constrangimento, é exigível que o agente, ao realizar a conduta incriminada, deva ser movido por uma de duas finalidades, expressamente, indicadas ou por um motivo devidamente explicitado; a) o propósito de obter "informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa"; b) o objetivo de "provocar ação ou omissão de natureza criminosa" e; c) por motivo de "discriminação racial ou religiosa". Sem a existência de qualquer desses dados anímicos, a figura da tortura não se completa, do ponto de vista típico, em-

bora possa dar origem a fato criminoso de diversa qualificação jurídica.

Por outro lado, na hipótese de submissão, a ação do torturador deve estar dirigida à aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. Nessa situação, o sofrimento físico ou mental exigível tem uma qualidade diversa daquela que é própria da ação de "constranger": possui um nível superior; em resumo, deve ser "intenso". Mas não é só. O "alguém" que é submetido à tortura não é o "alguém" indefinido do inc. I, do art. 1.º, mas um "alguém", com características próprias, ou seja, aquele que esteja "sob a guarda, poder ou autoridade" do agente.

A modalidade de submissão não se esgota, contudo, no caso do inc. II do art. 1.º da Lei 9.455/97. O § 1.º utiliza-se também do verbo "submeter" para retratar um desdobramento daquela atividade criminosa. Cuida-se, então, da hipótese em que a submissão se refere a "alguém" com qualificação diversa da mencionada no inc. II, ou seja a "pessoa presa ou sujeita a medida de segurança". Nessa situação, submete-se tal pessoa a sofrimento físico ou mental – que já não exige intensidade – por meio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Resta explicitar a derradeira forma de realização do delito de tortura, ou seja, a comissiva por omissão. Omitir não é o simples "deixar de fazer", a mera "inércia", a "não-ação". Omitir, em verdade, é o não fazer aquilo que se devia fazer. No caso do § 2.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97, a omissão consiste, exatamente, em face das condutas de constrangimento e de submissão postas em prática pelo torturador, não fazer o que o omitente, no momento – portanto, complemento adverbial de tempo – tinha o dever de fazer, ou seja, ou evitar que aquelas condutas fossem executadas ou apurar devidamente quem as executou. O "evitar" pressupõe um procedimento positivo com a finalidade de impedir que se consume a tortura. Já, o "apurar" retrata um comportamento negativo consistente em não averiguar, em não investigar, em suma, em não responsabilizar, o autor ou autores de torturas. Em qualquer dessas duas situações, o agente tem o dever de atuar como garantidor da integridade física e mental do torturado.

3. A montagem tipológica da tortura, a partir das condutas enunciadas na Lei 9.455/97, deve ser submetida, no entanto, a uma rigorosa análise crítica.

A) O mais grave defeito do novo diploma legal reside na circunstância de que o tipo da tortura não foi estruturado como crime próprio – aquele que requer, no sujeito ativo, uma determinada qualidade –, mas, sim, como crime comum, isto é, aquele que pode ser executado por qualquer pessoa. A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ao definir o termo "tortura", além de referir-se à prática de "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a um pessoa", com finalidades bem explicitadas, deixou claramente consignado que "tais dores e sofrimentos são infligidos *por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência*" (Flávia Piovesan. In: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo : Max Limonad, 1996, p. 375-376). A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, datada de 1985, foi de uma explicitude maior, ao estabelecer, no art. 3.º, que "serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b) as pessoas

que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea *a*, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometem-no diretamente ou nele sejam cúmplices" (Flávia Piovesan, *op. cit.*, p. 462). Em ambas as convenções internacionais, como já ficou anteriormente consignado, o Brasil, como País signatário, se comprometeu a punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Cuida-se, aqui, de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e as normas neles estabelecidas, por força dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF, têm o *status* de norma constitucional. Como enfatiza Antonio Augusto Cansado Trindade, citado por Flávia Piovesan (*op. cit.*, p. 103-104), "se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5.º n. 2 e 5.º n. 1 da CF brasileira passam a integrar os direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno". Há, por assim dizer, uma integração automática, no direito interno, e *em nível constitucional*, das normas internacionais que digam respeito aos direitos humanos, dispensada, deste modo, qualquer intermediação legislativa. Ora, a partir dessa interpretação, é evidente que o tipo de tortura, na legislação penal brasileira, não poderia destoar flagrantemente da definição contida nas convenções internacionais já referidas. Destarte, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais. Assim, lei ordinária que desfigure a tortura de forma a torná-la um delito comum e não próprio, está eivada de manifesta inconstitucionalidade, tal como ocorreria se o legislador ordinário entendesse que o delito de racismo comportaria a pena detentiva ou de multa ou que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático constituiria fato criminoso prescritível ou, ainda, que os delitos hediondos e outros a eles assemelhados seriam suscetíveis de graça ou anistia.

Além disso, na doutrina, a qualificação do crime de tortura, como crime próprio, constitui posição predominante. Manuel de Rivacoba y Rivacoba (Crisis y Pervivencia de la Tortura. In: *Estudios Penales – Libro homenaje ao Profesor J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 802) assevera que a tortura consiste "en el dolo o sufrimiento fisico, *infligido por funcionario público o por orden o instigación de él*, para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que haya perpetrado, o la delación de quienes delinquieron com él, o bien para purgar la infamia inherente al delito". Não é diverso o entendimento de Joan Queralt Jiménez (*op. cit.*, p. 795-796) ao enfatizar que sujeito ativo do delito será "qualquer funcionário judicial ou do governo", acrescentando que "se trata de um delito especial próprio: os particulares não podem torturar no sentido deste tipo". No mesmo sentido, T. S. Vives Antón et al (In: *Derecho Penal – Parte Especial*. Valencia : Tirant lo

Blanch, 1990, p. 113) e Francisco Muñoz Conde (*Derecho Penal – Parte Especial*. 8.ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1991, p. 667)

Alejandro del Toro Marzal (El nuevo delito de tortura. In: *La Reforma del Derecho Penal*, 271, Universidad Autonoma de Barcelona, 1980) critica, no entanto, o tipo de tortura como crime próprio. "A tortura deve ser castigada em si mesma e por si mesma, em razão de seus detestáveis métodos e por seus fins contrários à liberdade e dignidade". Destarte, não considerar que "particulares ou extremistas de qualquer tendência possam também empregar a tortura, tanto em relação a outros indivíduos, como aos próprios funcionários públicos, é limitação demagógica e contraproducente, pois tal conclusão carece de lógica jurídica, se se consideram crimes internacionais, fatos cometidos por particulares, como, por exemplo, o tráfico de brancas e de drogas, e se ainda, como parece óbvio, nem todos os funcionários públicos de todos os países foram ou serão torturadores. O monopólio do tipo, pelos funcionários públicos, não contribui para melhorar suas atuações, nem para incrementar seu apreço pelos direitos humanos". A argumentação expendida não pode, contudo, ser acolhida. Como acentou Vives Antón (*op. cit.*, p. 114), Toro del Marzal se apegou a um conceito vulgar de tortura quando, na realidade, "o que dá substantivação ao delito é *o abuso de poder* vinculado ao atentado contra as garantias, penal e processual. Os fatos realizados por particulares não podem reunir esses dados característicos e, em qualquer caso, para seu castigo há uma larga série de figuras genéricas".

A posição predominante na doutrina espanhola encontrou abrigo no recente Código Penal espanhol (art. 174) ao estatuir que "comete tortura *a autoridade ou funcionário público* que, abusando de seu cargo e com o fim de obter uma confissão ou informação de qualquer pessoa ou de castigá-la por qualquer fato que haja cometido ou se suspeite que tenha cometido, submete-a a condições ou procedimentos que por sua natureza, duração ou outras circunstâncias, lhe inflijam sofrimentos físicos ou mentais, a supressão ou diminuição de suas faculdades de conhecimento, discernimento ou decisão, ou que de qualquer outro modo atentem contra sua integridade".

Igual postura é acolhida no Código Penal português que sanciona com pena de prisão de um a cinco anos, "se pena mais grave não lhe couber, por força de outra disposição legal", "quem, *tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais*, contra-ordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a protecção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação; b) a castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou c) a intimidar ou para intimidar outra pessoa" (art. 243).

No Brasil, em data relativamente próxima, no Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, elaborado para a Comissão de Reforma Penal, dirigida pelo Min. Evandro Lins e Silva, foi proposta a criação da figura típica da tortura, entre os delitos contra a dignidade da pessoa humana. O texto do art. 186, que se fundamentou na "Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura", teve a seguinte redação: "Infligir, direta e intencionalmente, *o funcionário público ou outrém, por sua ordem, solicitação ou instigação*, para fins de investigação criminal ou com qualquer outra finalidade, ou como castigo pessoal, como medida preventiva, ou como pena, ato doloroso ou sofrimento físico

ou psíquico, contra alguém para obter informação, testemunho ou confissão sobre fato praticado, ou que se suspeita que tenha praticado, ou para provocar sua intimidação ou de terceiros". Após a Lei 9.455/97, na mesma linha de entendimento, manifestou-se Rui Stoco (*A* Tortura como Figura Típica Autônoma. In: *Enfoque Jurídico*, TRF, da 1.ª Região, março-abril de 1997) ressaltando que a "opção da lei em estabelecer a tortura como crime comum, por alargar seu espectro de abrangência, ocasionará sérios problemas no que pertine ao conflito de normas". De igual teor, foi a opinião de Sérgio Salomão Shecaira (Algumas Notas sobre a Nova Lei de Tortura. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 54, p. 2): "melhor seria, ainda, para a delimitação do objeto e alcance da lei, que o crime de tortura viesse classificado como crime próprio – aquele que pode ser cometido por determinada categoria de pessoas – e não como crime comum, cujo autor pode vir a ser qualquer pessoa. É que, neste contexto, inúmeras dúvidas poderão surgir, dada a abrangência de sua definição".

Diante de todas essas considerações, não se pode fugir à conclusão de que a Lei 9.455/97, ao conceituar a tortura como crime comum, isto é, exeqüível por qualquer pessoa, além de lesionar, de modo flagrante, norma constitucional que tem embasamento em tratados internacionais relativos a Direitos Humanos Fundamentais, está na contramarcha da doutrina atual sobre a matéria.

B) O sujeito passivo, na modalidade de conduta consistente em "constranger" é representado pelo vocábulo "alguém" que tem o significado de "qualquer pessoa".

Já, no que tange à ação física representada pelo verbo "submeter", o sujeito passivo não é mais "qualquer pessoa", mas, sim, uma pessoa adjetivada, isto é, que possua algum tipo de qualificação.

Na hipótese do inc. II do art. 1.º, é mister que essa pessoa esteja sob a guarda, poder ou autoridade do sujeito ativo. Já, na modalidade do § 1.º do art. 1.º, é necessário que esse "alguém" seja uma pessoa "presa ou sujeita a medida de segurança".

O texto legal, ao referir-se à "guarda", "poder" e "autoridade", remeteu-se logicamente à conceituação que tais expressões gozam em nível penal. O conceito de "guarda" possui inquestionável flexibilidade no campo penal e não se circunscreve apenas às hipóteses em que o sujeito passivo, em razão de lei ou de ato judicial, tenha sido entregue ao sujeito ativo para efeito de ser protegido ou amparado, incluindo, também, as hipóteses em que essa "guarda" provenha de qualquer situação fática devidamente demonstrada. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (Lei 9.455/97. Primeiras Notas Interpretativas. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 55). Já, a idéia de "poder" faz presumir uma relação de sujeição, fundada em direito público ou privado, do sujeito passivo em relação ao autor da tortura. Por fim, o conceito de "autoridade" pode ser buscado em texto penal que guarda parentesco próximo com o delito de tortura. O art. 5.º da Lei 4.898/65, Lei de Abuso de Autoridade, define como "autoridade" quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração". Essa será, por certo, uma hipótese destoante da figura básica da tortura já que, para sua caracterização típica, exige que o sujeito ativo seja agente público. Em qualquer das hipóteses referidas acima, no entanto, é mister que a tortura seja aplicada como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

No caso do § 1.º do art. 1.º da Lei 9.455/97, o sujeito passivo deve ser uma pessoa que esteja presa ou submetida à medida de segurança. A locução "pessoa

presa" deve ser interpretada da forma mais abrangente possível. É "pessoa presa" tanto a que estiver em prisão temporária ou em qualquer outra forma de prisão cautelar, como também quem estiver preso em razão de sentença condenatória, submetido a recurso ou com trânsito em julgado. Em qualquer dessas situações, o preso não pode ser submetido a sofrimento físico ou psíquico que mereça a qualificação de intenso. Colocar o preso em cela forte, lesioná-lo, em sua integridade física, como medida de disciplina, privá-lo do banho de sol, impedi-lo de receber visitas de familiares, obrigá-lo à realização de trabalhos perigosos ou superiores às suas condições físicas são alguns exemplos de tortura imposta a "pessoa presa". A lei prevê, ainda, a possibilidade da tortura de pessoa sujeita à medida de segurança, isto é, de pessoa inimputável que esteja recolhida a estabelecimento psiquiátrico. Nesse caso, submeter tal pessoa a choques elétricos, sem que tal terapia seja, de algum modo, justificada para o caso concreto, constitui também um exemplo de tortura. A submissão a sofrimento físico ou mental de pessoa presa ou de pessoa submetida a medida de segurança, para caracterizar a hipótese do § 1.º, não tem fundamento em ato legalmente previsto ou resultante de medida legal.

C) Admitida a tortura, como crime comum, nos termos da Lei 9.455/97, é inquestionável que suas duas modalidades de concretização (o "constranger" e o "submeter") estão na dependência, para sua compreensão típica integral, de uma valoração judicial de largo espectro. Com efeito, o novo diploma legal omitiu uma definição indispensável, ou seja, os limites conceituais do "sofrimento físico" ou do "sofrimento mental" provocados, um ou outro, pela conduta de constrangimento ou de submissão. Ainda que se admita, para argumentar, que é possível, através de perícia médico-legal, detectar o sofrimento físico de alguém, não se pode ignorar que vários sofrimentos físicos podem ser infligidos sem que deles decorram vestígios. Por outro lado, o "sofrimento mental" de uma pessoa constitui um conceito extremamente poroso, que, por isso, flutua no ar, sem nenhum ponto de engate na realidade. O sofrimento mental, dimensionado em termos não-concretos, mostra-se de extrema variabilidade, podendo ser diverso conforme a maior ou menor sensibilidade ou capacidade reativa de cada pessoa. Uma ação criminosa é, no entanto, um acontecimento empírico que deve ser taxativamente descrito e não um acontecimento cujo preenchimento decorra de uma avaliação pessoal do juiz. A locução "sofrimento mental" constitui, portanto, uma cláusula típica de caráter tão genérico que põe em risco o princípio da legalidade. Nessa linha de consideração, Sérgio Salomão Shecaira (*op. cit.*, p. 2) chama a atenção para o caráter indeterminado do tipo de tortura "que pode conduzir a uma negação do próprio princípio da legalidade, pelo emprego de elementos do tipo sem precisão semântica". O que dizer-se, então, quando se exige que esse "sofrimento mental" seja "intenso" (§ 1.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97)? Com que parâmetros poderá o julgador aferir a intensidade desse sofrimento? Não foi, por outro motivo, que o legislador português procurou restringir a área de significado do conceito de tortura, para nela incluir apenas o "acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas, ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima" (art. 243 n. 4). E indo além, na letra "b" do n. 1 do art. 244, indicou "meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, electrochoques, simula-

cros de execução ou substâncias alucinatórias". Foi também com o objetivo dar concreção aos conceitos de "sofrimento físico" e de "sofrimentos mental" que os autores do Esboço de Projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro, utilizando-se da técnica do "exemplo-padrão", no § 1.º do art. 186, consideraram constituir "atos de tortura, para fins penais, todo ato doloroso ou produtor de sofrimentos físicos, como golpes com o emprego ou não de instrumentos, choques elétricos, queimaduras, posições forçadas, violação ou agressão sexual, exposição a frio, submersão em água para produção de asfixia parcial, ataques para rompimento do tímpano ou qualquer outro ato equivalente que produza dor ou sofrimento físico. São também atos de tortura os que produzem sofrimento psíquico tais como o simulacro de execução, privação do sono, exposição contínua a ruídos ou a luzes intensas, confinamento, ameaças, observação da tortura alheia, submissão de parentes a violências ou agressões sexuais ou outros atos equivalentes idôneos a produzir seqüelas mentais".

D) A violência e a grave ameaça estão presentes apenas nos incs. I e II do art. 1.º da Lei 9.455/97, como modos de execução dessas duas modalidades de tortura. Ambas, consoante Heleno Cláudio Fragoso, "são formas de conduta que apresentam intenso desvalor social e que condicionam ou agravam em muitos casos a ofensa ao bem jurídico tutelado" (Aspectos da Teoria do Tipo. In: *Revista de Direito Penal*, n. 2, 1971, p. 74-75). A violência traduz-se no emprego de força física para efeito de vencer a resistência do ofendido e a grave ameaça "consiste na revelação do propósito de causar um mal futuro cuja superveniência dependerá da vontade do agente" (Heleno Cláudio Fragoso, *op. cit.*, p. 80).

Meios de execução estão retratados ainda na Lei 9.455/95. No inc. II, do art. 1.º, faz-se inequívoca referência à tortura como meio para aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. e, no § 1.º do art. 1.º, alude-se à tortura por meio de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

E) Todas as modalidades típicas de tortura (constrangimento, submissão e omissão) estão informadas de um dado de subjetividade comum: o dolo. Em qualquer desses procedimentos, o agente empreende a ação típica com a consciência e vontade endereçadas à realização da tortura.

F) Para que a tortura, na modalidade de constrangimento, se concretize, é necessário, além do dolo, que o agente atue com a finalidade de "obter informação, declaração ou confissão da vítima (?) ou de terceira pessoa" ou com o fito de provocar ação ou omissão de natureza criminosa. Pode, ainda, o autor ter, por motivo, a discriminação racial ou religiosa. Trata-se, no caso, da presença, na estrutura do tipo, de elementos subjetivos que devem acompanhar a ação física posta em movimento pelo agente. Assim, o constrangimento de alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causadoras uma e outra, de sofrimento físico ou mental, só terá condições de viabilizar-se tipicamente quando o agente atua com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa. Aqui tanto faz que o sujeito ativo seja um agente público ou uma pessoa sem essa qualificação. Estarão incluídas, no delito de tortura, tanto a conduta do policial que pratica violência contra uma pessoa para dela obter uma informação, como a do particular que se utilize da violência ou grave ameaça para obter de alguém uma confissão de dívida. A alínea "a", do inc. I do art. 1.º da Lei 9.455/97 contém evidente equívoco ao referir-se à "confissão da vítima" e, não, à do acusado. A vítima, em verdade, nada tem a confes-

sar... Por outro lado, o constrangimento, nas circunstâncias descritas no inc. I, do art. 1.º da Lei 9.455/95, pode ser exercido com o propósito de conduzir o ofendido a uma ação ou a uma omissão criminosa. Nessa hipótese, também, o sujeito ativo pode ser indiferentemente o agente público ou o particular. Servem, a título de exemplo, o caso em que um integrante de quadrilha constranja, com violência, o companheiro arrependido a tomar parte numa extorsão mediante seqüestro, e o caso em que um policial obrigue, mediante grave ameaça, uma pessoa, com passagens policiais, a executar, em seu proveito, um roubo. Por fim, pode o agente constranger alguém por motivo de discriminação racial ou religiosa. E, aqui, como nas anteriores hipóteses, o sujeito ativo pode ou não ser agente público. Seja como for, deve ficar demonstrado que a atividade física, ou seja, o constrangimento, nos termos do art. 1.º da Lei 9.455/97, foi realizado ou porque determinada raça não é do agrado do torturador ou porque ele não aceita certa religião. Vale acentuar que a Lei 7.716/89 incrimina várias condutas de discriminação racial e que a recentíssima Lei 9.459, de 13.05.1997, incluiu a discriminação religiosa entre os tipos discriminatórios.

Se o constrangimento objetivar finalidade diversa ou se o agente for movido por motivo que não seja o de discriminação racial ou religiosa, não há cuidar de tortura. Aliás, só a finalidade e o motivo permitem distinguir a tortura, como crime comum, de outras tantas figuras típicas já constantes do ordenamento penal.

No inc. II e no § 1.º da Lei 9.455/97, não há nenhuma expressa referência à finalidade ou ao motivo com que agiu o torturador, mas apenas ao modo e meio de execução dessas modalidades de tortura, modo e meio já referidos em item anterior.

G) A pena prevista para as duas formas básicas de tortura – constrangimento e submissão – é a mesma, ou seja, a pena reclusiva variável entre dois e oito anos. Merece crítica a alargada margem punitiva já que o máximo da pena cominada constitui o quádruplo do mínimo legal. Os marcos excessivamente amplos convertem em verdade o juiz em legislador. Na medida em que este se omite de sua missão de determinar, com adequação razoável um mínimo e um máximo de pena, em função do desvalor do fato, e estabelece, por comodismo ou irresponsabilidade balizas punitivas largas dentro das quais autoriza a atuação do juiz, a segurança de cada cidadão estará em jogo, pois ao invés do desejável e discreto arbítrio judicial, instaura-se o regime da arbitrariedade do juiz, onde um quadro de inúmeras opções despropositadas encontra forma de expressão.

No que tange à modalidade comissiva, por omissão, a pena cominada é a detentiva, variável entre um e quatro anos, merecendo essa previsão legal a mesma restrição feita no tópico anterior.

H) A Lei 9.455/97 previu hipóteses de tortura qualificada. Assim, se a vítima, em virtude da ação de tortura contra ela executada, vier a sofrer lesão corporal, de natureza grave ou gravíssima, a pena reclusiva prevista será variável entre quatro e dez anos; no entanto, se sobrevier a morte do torturado, a pena reclusiva terá o mínimo de oito anos e o máximo de dezesseis anos. É evidente que, nessas situações típicas, o torturador não quis nem assumiu o risco de provocar as lesões graves ou gravíssimas ou, até, a morte do torturado. Tais resultados decorreram da ação de torturar – esta, sim, dolosamente, querida pelo agente – e só lhe devem ser debitados, se os houver causado ao menos culposamente.

I) A criação do tipo de tortura traz à colação a questão do concurso de normas.

Absorveria a figura típica da tortura os delitos de constrangimento ilegal, de ameaça, e de lesão corporal leve, descritos no Código Penal ou todas essas figuras típicas poderiam conviver sem atrito? A simples leitura dos arts. 129, 146 e 147 do CP é suficiente para que se afirme que o concurso de normas invocado é apenas aparente, visto que, por uma relação consuntiva, todos esses delitos foram absorvidos pelo crime de tortura que não lhes deu assim condições de sobrevivência autônoma. A tortura abrange, em resumo, o constrangimento ilegal, a ameaça e a lesão corporal.

Mas qual seria o tipo de relacionamento entre a tortura e o homicídio? Aqui, a questão apresenta um enfoque diverso. Se o resultado "morte" não foi querido pelo torturador, mas advém como conseqüência da ação torturadora, a solução da matéria já se acha na própria Lei 9.455/97 que prevê a hipótese de tortura qualificada e lhe comina pena reclusiva de oito a dezesseis anos. Mas, se o agente está praticando a tortura e, num dado momento, decide eliminar a vida do torturado, é evidente que, nessa situação concreta, houve duas violações, representando a segunda um desvio em relação à primeira: o agente quis torturar e depois, quis matar. Em verdade, são duas ações completas e bem definidas a configurar dois delitos, em concurso material: a tortura e o homicídio. *Quid inde* se o agente desde o início de sua atividade delitiva tivesse o intento de matar a vítima e tivesse empregado a tortura para atingir esse objetivo? Haveria a figura do homicídio qualificado e a tortura seria considerada mero meio de execução daquele delito? Ou, na realidade, continuaria a existir o concurso material entre a tortura e o homicídio? A Lei 9.455/97 não teve, na matéria, a explicitude desejável de que é exemplo o Projeto de Lei do Senado 190/95 que, no seu art. 2.º, reza, de forma a espancar toda e qualquer dúvida: "o crime de tortura constitui delito autônomo, punível independentemente da pena prevista em lei para o crime de que seja meio, elemento ou circunstância". No entanto, convém ressaltar, no caso em tela, que não é propriamente a tortura, com uma determinada configuração típica, que se alça à condição de meio de execução do homicídio, de forma a qualificá-lo. O legislador adotou, em diversos incisos do art. 121 do CP, uma técnica legislativa denominada "exemplo-padrão". O que, em verdade, qualifica o homicídio não é a tortura em si, mas, sim, o emprego de meio cruel do qual "a tortura" e a "asfixia" são meros exemplos. Outros meios, além desses, podem ocorrer na realidade desde que guardem similitude, na sua crueldade, com os exemplos propostos. Destarte, a expressão "tortura", na hipótese de homicídio qualificado, não encontra preenchimento no delito agora criado pela Lei 9.455/97: tem um significado vulgar, não jurídico-penal. Tortura, nessa acepção, é qualquer suplício violento infligido a alguém que se traduz em meio cruel para a execução do homicídio. Se os atos postos em prática pelo agente, com o propósito de matar, têm o contexto próprio desse meio cruel, independentemente da definição típica da Lei 9.455/97, ocorrerá homicídio qualificado. Caso contrário, a ação criminosa ficará ao abrigo do homicídio simples.

A figura típica da tortura, quando o sujeito ativo é o agente público, tem, pela mesma relação de consunção referida no primeiro típico desse item, o condão de absorver as figuras delitivas do art. 322 e do inc. III, do art. 350, do Código Penal. Já, no que se refere à Lei 4.868/65, a denominada Lei de Abuso da Autoridade, o processo de absorção foi, conforme o correto posicionamento de Rui Stoco (*op. cit.*), "pontual e localizado". As alíneas "i" do art. 3.º e "b" do art. 4.º da Lei de Abuso de Autoridade foram

abrangidas pelo tipo de tortura, mas outras figuras típicas se mantiveram incólumes, em harmonia com a Lei 9.455/97.

J) O § 4.º do art. 1.º da Lei 9.455/97 estabeleceu três hipóteses de causas especiais de aumento de pena. Tais causas especiais de aumento de pena "caracterizam-se por pressuporem a fixação prévia da pena-base aplicável", e "são geralmente previstas com aumento em *quantum* determinado, mas, por vezes, estabelecem também aumento em quantidades variáveis" (Heleno Cláudio Fragoso, *op. cit.*, p. 60). As causas de aumento de pena, via de regra, distinguem-se das qualificadoras pelo fato de não possuírem um preceito sancionatório autônomo. "Os efeitos, no entanto, de uma e outra dessas formas de agravação, são os mesmos. Têm a mesma natureza as circunstâncias que qualificam e as que constituem causas especiais de aumento" (Heleno Cláudio Fragoso, *op. cit.*, p. 60). Tendo em vista tal identidade de fins, não há cogitar de concurso entre qualificadoras e causas especiais de aumento de pena, de modo a aplicá-las cumulativamente em forma de dupla agravação. As causas de aumento de pena incidem, por tal razão, sobre o preceito sancionatório do tipo básico e, não, do tipo derivado. Assim, a causa especial de aumento de pena, relativa ao furto, não recai sobre as hipóteses de furto qualificado, como as causas especiais de aumento de pena do roubo não influem sobre o roubo qualificado. De nenhum relevo, portanto, para essa conclusão a posição topográfica das causas de aumento de pena no texto legal. O fato do § 4.º pospor-se às hipóteses de tortura qualificada não basta para nelas incidir as causas especiais de aumento de pena.

A primeira causa de aumento de pena refere-se à qualidade do sujeito ativo. Se for ele agente público, a pena deve ser necessariamente aumentada. Tal característica do sujeito ativo, como já foi anteriormente enfatizado, deveria constituir-se em elemento essencial do tipo de tortura e, não apenas, uma circunstância acidental destinada exclusivamente à exacerbação punitiva. Em duas situações, no entanto, a condição de agente público é imprescindível para a própria caracterização típica, criando-se, obliquamente, um crime próprio: a) quando o agente tortura alguém sob sua autoridade, desde que se atribua à "autoridade" o conceito legal dado pelo art. 5.º da Lei de Abuso de Autoridade; b) quando o agente omite a apuração da tortura tendo o dever, obviamente, legal de realizá-la. Nesses dois casos, o sujeito ativo deve necessariamente ser agente público, não se podendo valorar, novamente, essa qualidade para efeito de agravação de pena, pois se teria, então, um verdadeiro *bis in idem*. É exato que tal conclusão poderá ensejar penas diversas, em relação ao sujeito ativo que seja agente público, mas essa é uma contingência inafastável de um texto legal tecnicamente mal elaborado. Vale, ainda, acentuar que, embora o delito de tortura tenha sido formulado, em face da pressão dos meios de comunicação social produzida pelo episódio da Favela Naval, a Lei 9.455/97 não abordou, de forma clara, a hipótese em que o agente, civil ou militar, no serviço policial preventivo ou repressivo, se comporte arbitrariamente no trato com a população. O ajuste dessa conduta ao texto legal só se revela plausível – e ainda assim de modo contrastável – na hipótese do inc. II, do art. 1.º, sob o prisma do conceito de "autoridade".

A segunda causa de aumento de pena refere-se à pessoa sobre a qual recaiu a ação do torturador. É, sem dúvida, correta a exasperação punitiva quando a vítima for uma criança ou um adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina a faixa etária dentro da qual se acomodam os conceitos de "criança" e de "adolescente". No que tange

à mulher grávida, o aumento punitivo é também adequado. A mulher, no decorrer do processo de gravidez, está submetida a diversos fenômenos físicos e psíquicos que afetam a sua normalidade biopsíquica, de modo que se mostra merecedora de uma explícita tutela penal. A incidência da causa de aumento está vinculada, no entanto, ao conhecimento do agente sobre a gravidez da torturada. É óbvio que o adiantado estado de gravidez constitui um fato perceptível a qualquer pessoa e, portanto, ninguém poderá subtrair-se à apenação agravada, sob o pretexto de que o desconhecia. Já quando a gravidez se encontra na sua fase inicial, a mulher não demonstra fisicamente esse estado. Então, é mister que fique comprovada a ciência do agente no que se refere ao estado de gestação do sujeito passivo. Se se trata do próprio marido ou do companheiro ou, ainda, de parentes proximos, o conhecimento precoce da gravidez necessita ficar claramente evidenciado. Por fim, a causa especial de aumento de pena revela-se também irrepreensível quando o torturado é um deficiente. A pessoa portadora de deficiência tem uma sensível redução de sua capacitação física, devendo merecer, por tal motivo, um respeito maior. Se o agente menospreza esse déficit físico e realiza sobre a pessoa deficiente atos de tortura, o juízo de valor de tal procedimento deverá ser mais rigoroso, com exacerbação punitiva.

A derradeira hipótese de causa de aumento de pena diz respeito ao fato da tortura ser cometida mediante seqüestro. A incidência dessa causa está, obviamente, vinculada à hipótese em que o seqüestro, no processo de concretização da tortura, foi o meio empregado. No entanto, consumada a tortura, se o agente, através de novo desígnio, priva a vítima de sua liberdade, o caso não é mais de causa de aumento de pena, mas, sim, de concurso material entre tortura e seqüestro.

As causas especiais de aumento de pena incidentes sobre as modalidades da tortura simples podem acarretar um acréscimo quantitativo de pena variável entre um sexto e um terço da pena-base, acrescida de agravantes ou atenuantes legais, se ocorrentes. O critério aferidor desse aumento não é o puramente aritmético, não estando, portanto, vinculado ao número detectado de causas de aumento. O melhor critério é o que permite avaliar uma maior reprovabilidade do agente a merecer, portanto, um *quantum* punitivo que supere o mínimo de aumento de pena.

K) O § 5.º do art. 1.º da Lei 9.455/95 estatui que a sentença condenatória, por tortura, desde que transitada em julgado, *acarretará* a perda do cargo, função ou emprego público do agente público. Cuida-se, no caso, de efeito automático da condenação, não dependente de motivação, ou do tempo de duração da condenação. Além disso, o legislador penal, em discrepância com o que foi estabelecido na Reforma Penal de 1984, ressuscitou a pena acessória de interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público. Tal interdição deverá ter a duração do dobro do prazo da pena aplicada. Destarte, mesmo reabilitado, o condenado por tortura não poderá concorrer a nenhum cargo, função ou emprego público pelo prazo já mencionado.

L) O crime de tortura, de acordo com o inc. XLIII, do art. 5.º da CF, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O § 6.º do art. 1.º da Lei 9.455/97 constitui, portanto, uma repetição desnecessária da norma constitucional que tem aplicação imediata, dispensando a intermediação de lei infraconstitucional. O texto legal é, portanto, redundante. Nada impede, desse modo, que se conceda ao acusado de tortura a liberdade provisória, com ou sem fiança. Nisso a Lei 9.455/97 entra em colisão com a Lei 8.072/90 que acrescentou, às

restrições estabelecidas na Constituição Federal, a proibição da liberdade provisória, em relação aos autores de crimes hediondos, assemelhados, em nível constitucional, ao delito de tortura. Dessa forma, a Lei 9.455/97 evitou, sob essa angulação, a argüição de inconstitucionalidade.

M) O § 7.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97 determina que o regime inicial referente à pena reclusiva aplicada ao autor das diversas modalidades de tortura, exceção feita à hipótese do § 2.º do art. 1.º, deverá ser o regime fechado. A linguagem adotada pelo legislador denuncia seu propósito de aplicar, na execução da pena referente à tortura, o regime progressivo, com suas três etapas. A exceção aberta diz respeito à pena detentiva que comporta, nos termos da alínea "c", do § 2.º, do art. 33 do CP, regime prisional aberto.

Agindo assim, o legislador infraconstitucional ajusta o seu procedimento às normas constitucionais que abonam os princípios da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CF) e da humanidade de pena (art. 5.º, III e XLVII da CF). Nunca é demais insistir que o processo individualizador da pena não se restringe, apenas, à fase de cominação, em nível do legislador e à fase de aplicação, em nível do julgador. A individualização deve prosseguir na etapa subseqüente, ou seja, no momento em que a pena previamente cominada e já aplicada, deve ser, em concreto, vivenciada pelo condenado. E a única forma de executar a pena, sem perder de vista o princípio individualizador determinado pela Constituição Federal, é respeitar-se o sistema prisional progressivo, cuja idéia central "se enraíza na diminuição que a intensidade da pena vai experimentando como conseqüência da conduta e do comportamento do recluso" (M. Cobo del Rosal & T. S. Vives Antón. *Derecho Penal – Parte General*, Valencia : Tirant lo Blanch, 1990, p. 737). Assim, a progressão de uma fase mais rigorosa para outra menos severa do sistema prisional, os dias abonados pela remição, o indulto ou a comutação da pena, a possibilidade de aplicação de uma medida penal alternativa, como o livramento condicional, ou as regressões eventualmente ocorridas, são vicissitudes por que passa uma mesma e idêntica condenação que, em razão do mérito ou do demérito do recluso, vai sofrendo contínuas alterações que a tornam, a cada momento, mais concreta e mais aderente à pessoa do condenado. E, portanto, cada vez mais e melhor individuada. É por isso que se pode afirmar que a individualização provocada pelo sistema progressivo possui as características próprias do tronco comum do processo individualizador que se inicia na atividade do legislador, passa pela ação do juiz e culmina, ao atingir o nível máximo de concreção, na fase jurisdicionalizada da execução da pena. Excluir, portanto, o sistema progressivo da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização. Além disso, a "exclusão do regime progressivo de cumprimento de pena conflita com o princípio da humanidade da pena que, na expressão de Jescheck, 'se converteu no pensamento reitor da execução penal'. Pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter a liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social; e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso a vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma verdadeira dessocialização" (Alberto Silva Franco. *Crimes Hediondos*. 3.ª ed. São Paulo : RT, 1994, p. 144-145).

Essa nova postura do legislador infraconstitucional evidencia o grau de importância que deve ser atribuído ao sistema progressivo, valendo notar que a interpretação, em sentido oposto, tem sido a causa, não apenas, do crescente aumento da população carcerária em virtude do maior tempo de duração da execução da pena, mas também – o que retrata maior gravidade – o motivo das crises e perturbações do aparelhamento prisional. O legislador ordinário fez, portanto, uma reavaliação da matéria, derrogando, em conseqüência, o § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, que determinava a aplicação integral, no tocante ao delito de tortura, do regime prisional fechado. Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5.º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente igualadas. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecido na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/67. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional.

N) Questão de não menor importância diz respeito à aplicabilidade da suspensão condicional da pena, nos casos de tortura não qualificada, nem agravada. Representaria o regime inicial fechado, conforme o disposto no § 7.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97, obstáculo insuperável para a concessão do *sursis*? A resposta à indagação só poderá ser negativa. A Lei de Tortura não proíbe, de forma expressa, que o condenado, reunidos os requisitos do art. 77 do CP, possa obter a suspensão condicional da pena, e a ausência de impedimento legal acarreta, por via de conseqüência, o reconhecimento de que a suspensão condicional da pena pode ser reconhecida. E não poderia ser de outro modo. A doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade da concessão do *sursis*, nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, mesmo em face de expressa regra legal que determina que o condenado, nesses delitos, deva cumprir integralmente a pena em regime fechado. Além disso, como já foi posto em destaque, por ocasião da análise da Lei 8.072/90, o art. 59, V do CP "é bastante explícito ao determinar a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de

pena, se cabível. Ninguém desconhece que o *sursis* tem, atualmente, o caráter de sanção penal: é uma das alternativas para a pena privativa de liberdade. Quando não for possível a multa substitutiva ou não couber a pena restritiva de direitos, restará, ainda, como última chance para impedir a aplicação da pena privativa de liberdade, a opção da suspensão condicional da pena. Ninguém ignora também que a substituição não se guia apenas pelo *quantum* punitivo, dependendo, fundamentalmente, de dados de caráter subjetivo que indiquem, de forma clara, a suficiência da medida. Mas 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" (Alberto Silva Franco, *op. cit.*, p. 157). No conflito entre o dispositivo do § 7.º, do art. 1.º da Lei 9.455/97, que determina a aplicação do regime prisional inicial fechado a réu condenado por tortura e o dispositivo do Código Penal que permite a substituição da pena privativa de liberdade por outra medida penal alternativa, deverá, sem dúvida, prevalecer a posição que melhor favoreça o condenado. Ademais, como enfatizou o Des. Dante Busana, no julgamento da Ap. Crim. 108.171-3, referindo-se aos crimes hediondos, "o severíssimo diploma não exclui a suspensão condicional e o princípio da humanidade das penas, que informa o direito penal moderno impede se afaste o benefício por via exegética". De lembrar a observação de Santiago Mir Puig: "En nuestros dias se aprecia una importante y progresiva substitución del cumplimento de la pena o de sua propria imposición, o incluso en la renuncia a toda pena" (*Derecho Penal.* PPU, 1985).

O) Vale, por fim, ressaltar que a Lei 9.455/97 omitiu regra constante da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1986, que excluiu a eficácia de circunstâncias justificadoras e de dirimentes, no crime de tortura. Tal providência constou, contudo, do § 5.º do art. 186 do Esboço de Projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, nos termos que seguem: "são ineficazes, como circunstâncias justificadoras da tortura, o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de defesa ou o estado de sítio, a comoção ou o conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. Não servem também como justificativas a periculosidade do detido ou do condenado ou a insegurança do estabelecimento prisional. Não exime de pena o agente que atuou por ordem de superior hierárquico".

4. O art. 2.º, da Lei 9.455/97 determina que o referido diploma legal é aplicável ainda "quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira".

A redação dada ao referido dispositivo, na sua primeira parte, é inteiramente dispensável em face do § 3.º do art. 7.º do CP que manda aplicar a lei penal brasileiro "ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil". No entanto, a regra do art. 2.º tem uma diferença estrutural em relação à hipótese do § 3.º do art. 7.º do CP: dispensa as condições de procedibilidade estabelecidas nas alíneas do § 2.º e no próprio § 3.º do art. 7.º do CP. A aplicar-se o disposto no art. 2.º da Lei 9.455/97, o estrangeiro que tenha praticado atos de tortura fora do Brasil, poderá ser processado e condenado, independentemente de ter ou não ingressado no território nacional e de ter sido, ou não, condenado ou absolvido no país em que realizou a tortura. Nesse caso, a Lei 9.455/97 criou mais uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada regulada pelo princípio de defesa ou real.

A segunda parte do art. 2.º, da Lei 9.455/97 estabelece a aplicabilidade da lei penal brasileira em relação ao agente que tenha sido localizado em lugar sob jurisdição brasileira. Se não houver nenhum equívoco do legislador ao empregar a palavra "ou" ao invés de "e" (e nesse caso, a segunda parte do art. 2.º estabeleceria uma condição de procedibilidade no que se refere à primeira parte), o texto legal significa que a lei penal brasileira será aplicada em relação ao agente, brasileiro ou não, que tenha praticado tortura em território estrangeiro e que, de algum modo, ingressou no Brasil. Sob este ângulo, teria sido construída uma outra hipótese de extraterritorialidade, com fundamento no princípio da Justiça Universal, mas, nessa situação, para que não haja a possibilidade de eventuais conflitos com outros países soberanos, é mister que se estabeleça, como pressuposto da aplicação da lei penal brasileira, a existência de tratado ou convenção sobre tortura, obrigando-se o Brasil a reprimir tal fato delituoso. A segunda parte do art. 2.º da Lei 9.455/97 necessita ser complementada pela alínea "a", do inc. II, do art. 7.º do CP.

5. O art. 4.º da Lei 9.455/97 revoga, expressamente, o art. 233 da Lei 8.069/90, ou seja, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A revogação não encontrou, contudo, boa acolhida.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes (As Crianças, a Tortura, as Leis e as Salsichas. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 54, p. 3) fez severa crítica ao novo dispositivo legal, enfatizando que o legislador, embora tenha agravado o preceito sancionatório no que tange à tortura simples, diminuiu o *quantum* punitivo, em relação à tortura qualificada e, em particular, quando advier da prática criminosa a morte da criança ou do adolescente. Nesse caso, a pena foi reduzida de quinze a trinta anos de reclusão para dez anos e oito meses, no mínimo, e vinte e um anos e quatro meses, no máximo, se aplicável, também, no máximo, a causa de aumento do § 4.º do art. 1.º da Lei 9.455/97. Além disso, o tipo do art. 233 do ECA mostrava-se configurado se o agente submetia à tortura a criança ou o adolescente que estivesse sob sua autoridade, guarda ou vigilância, "independentemente da finalidade que motivasse" o seu procedimento. Agora, no entanto, exigia-se que o torturador, ao executar sua conduta, tenha, por finalidade, a aplicação de castigo pessoal ou de medida de caráter preventivo. Ademais, ao montar o novo tipo de tortura, o legislador não deu a necessária ênfase ao sujeito passivo, enquanto criança ou adolescente, quando o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente determina que na sua interpretação, "levar-se-á em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento".

Rui Stoco, em trabalho já citado anteriormente, questiona também a minimização do preceito sancionatório da tortura qualificada em confronto com o tipo do art. 233 do ECA.

As críticas não são, contudo, procedentes. "Não é porque o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente se refira, no art. 233, à expressão 'tortura' que se deva, em conseqüência, concluir ter sido montado na matéria um tipo com esse *nomen iuris*. O que é tortura? No que consiste? Quais as ações e, até mesmo, as omissões que lhe dão corpo e realidade? Qual o dado de subjetividade que deve necessariamente fazer-se presente nessas ações ou omissões? O art. 233 do ECA é, a esse respeito, totalmente silente, e admiti-lo como descrição adequada ao delito de 'tortura', conforme exige o texto constitucional, equivale a um verdadeiro absurdo. Dizer o texto do ECA que constitui crime submeter criança ou adolescente à tortura, não explicitando no que consiste a ação de torturar, não significa reconhecer o crime de tortura:

é dizer coisa nenhuma, é produzir, sem preocupação com o direito de liberdade do cidadão, um tipo vazio de conteúdo. E tipo que não obedeça ao princípio da legalidade é tipo inexistente" (Alberto Silva Franco. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo : RT, 1995, p. 377). Destarte, sob o enfoque típico, embora se possa endereçar restrições – e muitas – ao texto da Lei 9.455/97, força é convir que as modalidades de tortura retratadas no novo diploma legal têm um raio de abrangência bem maior do que a figura do art. 233 do ECA que, em verdade, não passa de um tipo totalmente indeterminado, sem precisão de contornos e limites. É exato que, na hipótese do inc. II do art. 1.º da Lei 9.455/97 – a criança e o adolescente podem ser vítimas também na hipótese do inc. I do art. 1.º – deve ser imposto ao torturado um "intenso" sofrimento físico ou mental e a dimensão dessa intensidade é um dado de subjetividade a ser preenchido pelo julgador, o que torna a modalidade delitiva extremamente vulnerável. No entanto, não é adequado dizer-se que o sujeito ativo tenha de atuar com a finalidade de castigo pessoal e de medida de caráter preventivo. Em verdade, o texto legal exige o castigo pessoal ou medida de caráter preventivo como meio de atuação, o que não se confunde com finalidade. Por fim, o preceito sancionatório cominado para a tortura, no Estatuto da Criança e do Adolescente, equivale a um verdadeiro excesso punitivo. Se a morte, na hipótese do art. 233 do ECA, não é querida pelo torturador, mas resulta dos atos de tortura praticados contra a criança ou o adolescente, pune-se, nesse caso, com mais rigor, o crime preterdoloso do que o próprio homicídio qualificado pelo emprego de meio cruel no qual a morte é um resultado querido. Equiparar as duas situações ou dar tutela penal mais vigorosa ao delito preterdoloso são absurdos inaceitáveis. A pena de reclusão, variável entre oito e dezesseis anos, para a tortura qualificada pelo resultado-morte é mais correta do que o preceito sancionatório do art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 – DOUTRINA NACIONAL

A POLÍTICA CRIMINAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – NOTAS DE VIAGEM

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Principais organizações visitadas.

I. Introdução

No período de 12 de janeiro a 1.º de fevereiro de 1997, a convite do Departamento de Estado dos Estados Unidos e através da *United States Information Agency*, participei do *International Visitor Program*, que tem por finalidade oferecer uma visão das instituições, da organização comunitária e da vida cultural americana. Este programa específico integrava o projeto denominado "Democracia e Direitos Humanos".

O itinerário compreendeu as cidades de Washington, Buffalo, New York, Boston, San Francisco e Austin. O objetivo principal era conhecer presídios e o sistema judiciário criminal. A programação oferecida, por sua amplitude, proporcionou uma visão bem mais abrangente e uma experiência muito rica. Se um mérito do programa puder ser destacado é ter possibilitado diversos enfoques sobre cada questão. Normalmente, à visita a um órgão oficial seguia-se a visita a uma organização não-governamental, que expressava, não raramente, ponto de vista bem diverso.

II. Principais organizações visitadas

1. *United States Department of Justice Institute Of Justice*

633 Indiana Avenue, NW
23th floor
Washington, DC
telefone: (202) 305-1294
fax: (202) 307-6394

Contatos:

Mr. Martin Lively
International Liaison
Ms. Sandra Friedman
International Information Specialist

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos é chefiado pelo Attorney General, indicado pelo Presidente da República e integrante de seu gabinete. Todos os promotores de justiça federais são contratados pelo Departamento de Justiça do qual fazem parte também os órgãos de investigação, como o FBI. Congrega, em suma, tudo o que está relacionado à administração das políticas públicas de segurança, combate às drogas, proteção do consumidor, imigração e naturalização.

O instituto visitado – *National Institute of Justice* – conduz pesquisas sobre todos os aspectos da justiça criminal, incluindo prevenção do crime, cumprimento das leis, sistema prisional. Também são avaliados os programas da justiça criminal tanto no nível federal como no estadual.

Nos Estados Unidos, tanto o governo federal como os governos estaduais têm autoridade para processar e julgar crimes. O governo federal possui suas próprias leis penais, seu sistema judiciário, seu corpo de juízes, promotores e defensores públicos e suas próprias agências de investigação policial. O mesmo se dá a nível estadual com a peculiaridade de que cada estado é autônomo para criar seu próprio sistema e suas próprias leis. Diante desta autonomia dos 50 estados federados, estes podem ser observados como 50 diferentes laboratórios.

O *National Institute of Justice* foi criado diante da preocupação do governo federal com a enorme disparidade entre os estados mais ricos e aqueles com menos recursos. O Instituto observa as realidades locais, toma conhecimento de programas que apresentam resultados positivos, sugere o desenvolvimento de programas semelhantes em outros estados com realidades semelhantes. Pode-se dizer que os pesquisadores e observadores têm uma visão panorâmica da realidade nacional, o que os capacita a fornecer informações preciosas que, de outra forma, não atingiriam aqueles estados mais pobres.

Além desta forma de atuar *ex officio*, o Instituto é aberto para pesquisa do público em geral e está atualmente completamente computadorizado, sendo que as principais publicações encontram-se disponíveis na Internet.

As sugestões encaminhadas pelo Instituto aos governos e órgãos estaduais ou federais não têm caráter impositivo. Constituem uma forma de auxílio e um recurso a mais para os Estados e instituições, públicas ou privadas, que desejem implementar suas atividades.

2. *National Association of Criminal Defense Lawyers*

1627 K Street, NW
12th floor
Washington, DC 20006
Telefone: (202) 872-8688
Fax: (202) 331-8269

Contatos:
Mr. Jack King
Director of Public Affairs
Mr. Paul S. Petterson
Indigent Defense Coordinator

A Associação possui aproximadamente 9.000 membros. A grande maioria é de advogados criminalistas e a outra parcela é formada por estudantes. Tem como atribuição fornecer aos associados programas de aperfeiçoamento profissional, publicações, consultas acerca de questões éticas, assistência técnica em áreas específicas (como exames de DNA). Oferece também assistência legal gratuita aos sócios acusados de desacato nas cortes.

A Associação tem um ideário: está comprometida com a luta pela abolição da pena de morte, quer o fim da imposição de parâmetros mínimos obrigatórios nas sentenças criminais e preocupa-se com os efeitos da luta contra a droga nas liberdades civis.

Durante a reunião, os dois membros presentes deixaram patente a grande preocupação com o recrudescimento das políticas criminais. Cada vez mais estados estão adotando a pena de morte. Atualmente, dos 50 estados, 39 autorizam a pena de morte. Outra tendência preocupante é a imposição da pena de morte para outros crimes que não envolvem homicídio. O Estado de Louisiana recentemente aprovou uma lei autorizando a aplicação da pena de morte para crime de estupro. Existem mais de 3.200 prisioneiros no *death row* ("corredor da morte" é a denominação da ala especial das prisões onde ficam os condenados à

morte) aguardando a execução. A previsão é de que, durante o ano de 1997, cresça muito o número de mortes por duas razões: têm sido aprovadas leis mais duras, que dificultam a interposição de apelos, e o governo federal tem cortado os recursos de escritórios de defensores públicos especializados em casos de imposição de pena capital. Estes escritórios conseguiam muitas vezes reverter sentenças de morte impostas nas cortes estaduais, levando o caso à Corte Suprema. Como conseqüência do corte de recursos, muitos destes escritórios têm sido fechados e os condenados não têm acesso à revisão de seus casos pela Corte Suprema.

A grande maioria dos delitos cometidos e noticiados às autoridades é de *misdemeanours* (obs. o sistema americano divide os delitos entre *felonies* e *misdemeanours*, sendo aqueles mais graves e estes mais leves. Traduzir tais conceitos como "crime e contravenção" pode dar uma idéia da distinção mas não parece muito apropriado. É que alguns delitos que aqui são crimes lá são contravenções – ex. porte de droga é *misdemeanour* em alguns estados americanos – e vice-versa – ex. porte de arma é crime apenado no mínimo com 5 anos de prisão na maioria dos estados americanos). Aproximadamente 60 % dos condenados presos cometeram crimes sem violência. No entanto, existe uma pressão social enorme para que a política criminal seja cada vez mais dura. A exploração da violência pela mídia, motivada pela atração que o espetáculo de dor e sofrimento exerce sobre o espectador acrítico, entre outros fatores, causa uma percepção falsa de que as taxas de criminalidade estão subindo, quando as estatísticas mostram que estão baixando.

Muitas organizações protestam contra a severidade das penas e lutam pela abolição da pena de morte mas têm poucos recursos e não são ouvidas pelos políticos. O único discurso político que dá voto é o do endurecimento das penas. *Be tough on crime* é o lema de quem quer ganhar eleição. O problema é que eleição, nos U.S., diz respeito, por vezes, também a juízes e promotores. Em um dos estados que aplicam pena de morte, um juiz foi recentemente eleito porque, durante sua campanha, prometeu penas altas e disse que converteria as penas de prisão perpétua aplicadas pelos jurados em penas de morte.

A Associação nada pôde fazer, p. ex., em relação ao fechamento dos escritórios dos defensores públicos, embora tenha certeza de que se trata de uma questão mais política que econômica. Em verdade, é econômica também, mas não no sentido de falta de recursos. O problema é que sempre se divulgou que condenar alguém à pena de morte e executar esta pessoa custava mais caro do que mantê-la presa por toda a vida. Este custo elevado era devido aos diversos apelos interpostos pelos advogados. Computava-se, então, o preço do funcionamento dos escritórios de defensores (quase todos os condenados à pena de morte são pobres e não têm advogado particular), o preço da mobilização do sistema judiciário e a manutenção do preso durante todo o processo. Fechando os escritórios, todos estes custos são cortados e abrevia-se a execução. Corta-se também um argumento sempre utilizado contra a pena de morte: fica mais barato matar o condenado.

3. *United States Parole Comission*
5550 *Friendship Boulevard*
Chevy Chase, Maryland 20815
telefone: (301) 492-5990
Fax: (301) 492-6694

Contatos:
Dr. Peter Hoffman
Staff Director

Mr. Edward F. Reilley, Jr.
Comissioner – Chairman

A *US Parole Comission* faz parte do Departamento de Justiça. É um órgão federal e tem seus equivalentes estaduais – são os *State Parole Comission*. É função dos membros da *parole comission* dizer quais os condenados que merecem obter *parole* (espécie de livramento condicional).

A Comissão Federal é hoje um órgão em extinção por um simples motivo: desde 1987, quando surgiram os *sentencing guidelines*, foi abolido no nível federal o sistema de *parole*. O órgão permanece em atividade porque algumas pessoas condenadas antes de 1987 terão direito a obter *parole* e existem muitos condenados em gozo de *parole* que são supervisionados por este órgão. (Obs. Para maiores detalhes acerca dos *guidelines*, ver item 4 abaixo).

A grande pressão popular, decorrente da idéia disseminada de que os condenados simplesmente não cumpriam suas penas, sendo beneficiados com *parole* muito antes do termo final, fez com que o governo federal abolisse o benefício. Para isso, houve muita pressão popular, e surgiu o que se passou a chamar *truth in sentencing* (sentença de verdade), o que significa que a pena imposta deve ser efetivamente cumprida.

A *Parole Comission* possuía duas atribuições fundamentais e distintas. A primeira delas dizia respeito à fixação das sentenças. O juiz dava uma sentença indeterminada como, por exemplo, não menos de 5 anos e não mais de 15. Era a *Parole Comission* que, com base em relatórios e entrevistas, estabelecia o prazo fixo. Assim, seguindo o exemplo acima, a comissão poderia estabelecer a sentença final em 6 anos ou 10 ou 15 anos, dependendo das circunstâncias particulares do caso. A segunda atribuição dizia respeito à libertação e supervisão. Os responsáveis pelos presídios encaminhavam à Comissão a relação dos sentenciados que poderiam ser beneficiados com *parole* (*elegible for parole*) e a Comissão escolhia aqueles que seriam beneficiados.

Desde 1987, com a introdução dos *federal sentencing guidelines*, a primeira atribuição perdeu o sentido porque os juízes agora devem aplicar sentenças fixas. E a segunda atribuição, em verdade, perdura, mas sob outra denominação: não se fala mais em *parole supervision* mas em *supervised release*, ou liberdade supervisionada. Este benefício é obtido normalmente depois do cumprimento de 85 % da pena com bom comportamento e depende da indicação do diretor da prisão. Não há nenhuma intervenção de advogado nem manifestação judicial a respeito. Todas as decisões são tomadas na esfera administrativa. No caso de violação séria de algum direito, o sentenciado poderá pedir indenização em juízo.

As taxas de reincidência, analisado o período de 5 anos depois da libertação, plena ou supervisionada, é de 39,2 % para qualquer crime e 26 % para crimes sérios e/ou violentos.

4. *United States Sentencing Comission*
One Columbus Circle, NE
Suite 2-500 South
Washington, DC 20002-8002
telefone: (202) 273-4510
Fax: (202) 273-4529

Contato:
Mr. John H. Kramer
Staff Director

A *U.S. Sentencing Comission* estabelece os parâmetros das sentenças judiciais (*federal sentencing guidelines*) e as

políticas dos tribunais federais prescrevendo as formas apropriadas de punição para os condenados por crimes federais.

Os *guidelines* são, na verdade, uma tabela. Os dados variáveis serão, exemplificativamente, as passagens e condenações prévias e o tipo de crime. Em se tratando de delito relacionado a drogas, é relevante a quantidade de droga e a espécie de droga. A pena para o tráfico de cocaína é bem mais alta que a pena imposta para o tráfico da mesma quantidade de maconha.

A maioria dos crimes cometidos são crimes estaduais e os estados têm sido incentivados a estabelecer também seus próprios parâmetros. O principal motivo que justificou a criação dos *federal guidelines* foi a grande disparidade que existia entre sentenças impostas para um mesmo tipo de crime. A possibilidade de uma pessoa ser condenada a uma pena de 15 anos de prisão enquanto outra, acusada de crime semelhante, recebia pena de 2 anos, gerava uma desconfortável sensação de injustiça. O estabelecimento de parâmetros fixos retira grande parte do poder dos juízes e causa uma certa homogeneização das penas aplicadas.

Alguns estados possuem seus próprios parâmetros mas, de uma maneira geral, os parâmetros federais são muito mais rígidos. O Prof. Kramer mencionou que em recente visita feita a uma Penitenciária Feminina Federal, de que participavam outros membros da comissão, conheceu uma sentenciada que, aos 20 anos de idade, sem qualquer antecedente criminal, foi presa na posse de 3 quilos de cocaína e de uma arma sem licença. Aplicados os *federal guidelines* o resultado foi uma sentença de 25 anos de prisão, sem direito a *parole* (obs. como mencionado no item I.3, o sistema de *parole* foi abolido no nível federal em 1987). Os integrantes da comissão que participavam da visita nada puderam fazer além de concordar que a pena foi alta demais.

Os parâmetros são propostos pela *Sentencing Comission* ao Congresso Nacional e, se aprovados, têm validade por um período de tempo. Superado o limite, novos parâmetros são fixados.

Embora os *federal guidelines* estejam em vigor desde 1987, a maioria dos juízes federais critica duramente o sistema. Em verdade, os parâmetros impostos não são obrigatórios mas, para aplicar sentença fora deles, é preciso que o juiz redija uma justificativa muito detalhada e a sentença estará mais sujeita a apelação. É que se a pena for aplicada dentro dos *guidelines* é muito difícil encontrar fundamento para interpor recurso.

Recentemente, um grupo de 160 juízes federais entrou com um processo na Corte Suprema (*Case Judge Messite and others*) alegando a inconstitucionalidade dos *guidelines*. A alegação baseava-se na violação da independência dos poderes porque a comissão que os redigiu era integrada também por juízes. A Suprema Corte não aceitou o argumento e assegurou a constitucionalidade dos *guidelines* dizendo que os juízes que integraram a Comissão estavam ali como técnicos e não no exercício de qualquer função jurisdicional. Assim, não havia qualquer lesão à autonomia dos poderes.

5. *The American University*

Department of Justice, Law and Society
4400 Massachusetts Avenue, NW
Ward Building, Room 216
Washington, DC 20016
Telefone: (202) 885-2956
Fax: (202) 885-2907

Contato:
Dr. Richard Bennett
Professor

A American University oferece uma grande variedade de cursos que integram 5 divisões: *College of Arts and Sciences, School of Public Affairs, School of International Service, the Kogod College of Business Administration* e o *Washington College of Law.*

O Prof. Richard Bennet desenvolve diversos estudos acerca das relações entre comunidade e polícia em geral e, especificamente, nos países do Caribe. As anotações seguintes são baseadas em suas informações.

A dificuldade de compreensão do sistema judiciário norte-americano (o que se dá não só com estrangeiros) deve-se, em grande parte, à diversidade entre os estados e à distinção existente entre os sistemas estaduais e o federal.

Na maior parte dos Estados e condados, a atividade de investigação e prevenção de crime é realizada pela polícia local (*county police*). Existem especificidades, como é o caso da Pensylvania, onde tanto a polícia local como a estadual têm competência sobre a mesma área e sobre os mesmos objetos. Em Ohio, a população não quer que a polícia estadual se intrometa em questões locais. Lá, a polícia estadual cuida das estradas e, se um policial estadual percebe o cometimento de um crime, pode prender em flagrante e levar a pessoa envolvida para a delegacia de polícia local mas não pode participar das investigações.

A regra geral é de que os policiais, mesmo os locais, estão sujeitos a legislação federal e, ocorrendo abuso ou desrespeito a direitos dos cidadãos, os policiais serão processados civil e criminalmente nos termos das leis federais. Isto torna possível o julgamento. É que os juízes e promotores federais estão mais distantes do local da ocorrência do delito. Se o julgamento ficasse a cargo de autoridades locais, principalmente em pequenas cidades, a proximidade entre as partes envolvidas, até nas questões rotineiras, criaria uma pressão muito grande, dificultando a isenção. Como é muito mais fácil provar a responsabilidade civil, em muitos casos os policiais nem chegam a ser indiciados criminalmente. Em razão dos grandes prejuízos financeiros causados aos Estados e Condados em numerosas ações civis movidas por vítimas de abusos contra os policiais autores de tais abusos, os programas de treinamento são intensos, o que gerou uma grande melhoria na qualidade do serviço prestado pelas polícias. O mesmo fenômeno aconteceu com os responsáveis pela segurança nas prisões: diminuíram as reclamações de desrespeito e violência desde que os prisioneiros começaram a entrar com ações civis pedindo indenização.

Normalmente, o prazo de prisão provisória é em torno de 190 dias a contar da prisão e até a primeira audiência. Em 97% dos casos, o processo não vai para frente: a questão é resolvida pelo *plea bargaining*. Se não existisse esta possibilidade, ocorreria um total colapso do sistema judiciário. É que não existe estrutura material, espaço físico e nem funcionários, juízes e promotores em número suficiente para apreciação e julgamento de todos os casos. Ao contrário, a pequena porcentagem de casos efetivamente julgados já basta para congestionar a Justiça Criminal. (obs. Mais informações sobre o *plea-bargaining* no item 17).

6. *National Victim Center*

2111 Wilson Boulevard Suite 300
Arlington, Virginia 22201
Telefone: (703) 276-2880
Fax: (703) 276-2889

Contatos:

Diane Alexander
Director, Information Services & Resource Development

Carol F. Dorris, J.D
Legislative Analyst

O *National Victim Center*, fundado em 1985, trabalha com grupos de vítimas e agências da justiça criminal para proteger os direitos das vítimas de crimes nas legislações e nas políticas públicas, tanto a nível federal como estadual. O Centro é mantido por fundos encaminhados pelo Departamento de Justiça, através do *Office of Victims of Crime* e também por contribuições de membros e fundações privadas. Desde 1984, todo réu condenado pela prática de um crime federal tem que pagar uma multa especificamente destinada ao *Office for Victims of Crime*, órgão do Departamento de Justiça dos EUA. O dinheiro é redistribuído aos Estados e serve de amparo às famílias das vítimas fatais que podem, por exemplo, solicitar auxílio para as despesas de funeral.

O Centro tem grande interesse em aumentar o papel da vítima do crime durante o processo. Considera uma grande vitória a aprovação recente de uma lei federal que dá à vítima o direito de estar presente às audiências e de interferir no julgamento e confere ao juiz a obrigação de escutá-la (*victim's statement impact*). Assim, para estabelecer a sentença, o juiz deve levar em conta de que modo o delito afetou a vida da vítima e seus sentimentos em relação ao fato. O que acontecia, antes da vigência desta lei, era que o advogado de defesa arrolava a vítima como testemunha e, na qualidade de testemunha, ela não poderia participar das audiências.

O Centro não se posiciona oficialmente acerca de questões controvertidas, como aborto ou pena de morte.

7. *United States Department of Justice Office of Enforcement Operations*

1001 G Street, NW, Suite 952
Washington, DC 20530
telefone: (202) 161-0728

Contato:
Mr. Victor Stone
Senior Litigator

É mais um *office* que integra a divisão criminal do Departamento de Justiça. Os Promotores Federais deste escritório podem trabalhar em casos por todo o país quando, por exemplo, o promotor do local está impedido ou requisita assistência em um caso que envolva diversos distritos ou exija conhecimentos técnicos muito específicos ou, ainda, que esteja relacionado a questões muito complexas.

Há 50 anos atrás poucos crimes eram considerados crimes federais. A relação abrangia, principalmente, sonegação de taxas e impostos, homicídios acontecidos em reservas indígenas ou área militar e falsificação de moeda. Hoje em dia, o governo federal aumentou bastante este rol. Os crimes que ultrapassam a fronteira de um Estado são considerados federais, assim como roubo praticado nos postos de correio ou com a utilização de serviços de correio e a maioria dos roubos a bancos. Uma só conduta pode constituir crime nas duas esferas (estadual e federal). Se uma pessoa rouba um carro em um Estado e o transporta para outro Estado, terá cometido um crime estadual – roubo de carro – e outro federal – transporte de objeto roubado de um Estado para outro. Estará sujeita a dois processos e a duas penas nos dois diferentes níveis.

Os conflitos de competência entre os promotores estaduais e federais são resolvidos de maneira bastante pragmática. Normalmente, o caso será levado a uma corte federal se envolver muito dinheiro ou for realmente sério. A maioria é levada às cortes estaduais e, se não houver condenação, o caso é reaberto no nível

federal. Foi o que aconteceu, por exemplo, em um episódio bastante noticiado em que policiais brancos de Los Angeles bateram em um homem de cor negra – Rodney King – e a cena foi filmada por um cinegrafista amador. Os policiais foram absolvidos pela justiça estadual, o que gerou enorme revolta principalmente da população negra. Reaberto o caso no nível federal, os policiais foram finalmente condenados a uma pena de dois anos de prisão.

Existe sempre a possibilidade de ocorrer o *bis in idem*. Esta questão foi levantada em dois casos analisados pela Suprema Corte no ano de 1961 (*US X Petite e US X Abatte*). Foi decidido que, se relacionados ao mesmo fato, os processos federal e estadual devem ser julgados com certo intervalo de tempo e o promotor que o apresentar em segundo lugar deve fornecer uma justificativa convincente.

8. *American Bar Association*
Washington Office
740 15th Street, NW
Washington, DC
telefone: (202) 662-1777
Fax: (202) 662-1775

Contatos:
Mr. Robert D. Evans
Director
Mr. Thomas C. Smith
Director of the Criminal Justice Section
Ms. Shirleen Pilgrim
Staff Counsel

O escritório de Washington da ABA coordena a atividade da Associação relacionada às atividades legislativas e mantém as associações estaduais informadas acerca do andamento de projetos de lei e regulamentos que digam respeito à profissão legal. Sua atividade inclui a Divisão de Serviço Público, Seção de Prática e Legislação Internacional, seção de Taxas, Seção de Justiça Criminal e Seção de Direitos e Responsabilidades Individuais.

A ABA tem aproximadamente 340.000 associados, dos quais 40% são advogados. Juízes e Promotores também se associam. Dos 50 Estados americanos, 35 possuem associações locais. Nenhuma categoria precisa se filiar para exercer a profissão.

Dentre as atribuições da ABA está o poder de aprovar as *law schools*, conferido pelo governo federal. A faculdade de Direito não aprovada pela ABA não forma advogados. Outra função atribuída pelo governo federal é a de avaliar os candidatos indicados para ocupar o cargo de juiz federal. Desde 1953 a ABA vem fazendo este tipo de avaliação tanto para os governos republicanos como democratas, e em quase todos os casos o Presidente da República acompanha a sugestão dada.

O Código de Ética da ABA tem que ser referendado pelo Tribunal Superior do Estado para que possa ter força vinculante. Caso não seja, o advogado que violar alguma disposição não poderá ser punido.

A ABA se posiciona sobre algumas questões que têm repercussão política, principalmente aquelas que dizem respeito às liberdades públicas e individuais.

São, por exemplo, a favor da descriminação do aborto, mas não se posicionam a favor nem contra a pena de morte.

A Seção de Justiça Criminal conta com aproximadamente 8.000 membros, aos quais são oferecidos diversos programas de educação e especialização bem

como revistas e publicações. A Seção acompanha o andamento de projetos de lei e encaminha propostas de mudanças legislativas.

9. *ACLU – American Civil Liberties Union*

Prison Rights Project
1875 Connecticut Avenue, NW
Suite 410
Washington, DC
Telefone: (202) 234-4830
Fax: (202) 234-4890

Contatos:

Ms. Jenny Gainsborough
Public Policy Coordinator
Ms. Jackie Walker
AIDS Information Coordinator

A ACLU é uma organização não-governamental que defende os direitos constitucionais e as liberdades civis. É bastante conhecida por seu trabalho em defesa das minorias e direitos das mulheres e da liberdade de expressão. O escritório de Washington monitora a atividade legislativa do governo federal.

A seção relacionada às prisões e direitos dos prisioneiros é denominada *Prison Rights Project.* Nove advogados trabalham no projeto das prisões, que é financiado por fundações preocupadas com direitos sociais e recebe também porcentagem das taxas pagas por advogados. A atividade é desenvolvida principalmente nos tribunais. No peculiar sistema americano, as próprias leis e regulamentos podem ser submetidos a julgamento. Assim, a atuação diz mais respeito a casos genéricos do que a casos individuais. A maior parte das ações iniciadas pela ACLU está fundamentada na 8ª emenda que proíbe penas cruéis e não-usuais e também estatutos de direitos humanos.

Até 1996, poderia acontecer a seguinte situação: os membros da ACLU visitavam determinado estabelecimento prisional e verificavam que algum (ou alguns) direito(s) dos prisioneiros estavam sendo violados. Muitas vezes, o fato era tão evidente que o diretor do estabelecimento concordava com a constatação. Assim sendo, a ACLU e o estabelecimento assinavam um "acordo" pelo qual o Diretor se comprometia a superar a irregularidade em determinado prazo. Caso isso não acontecesse, este documento valia como um título executivo em juízo e, através de um processo bem rápido e simples, o Diretor recebia ordem judicial para cumprir o acordo. No entanto, em 1996, como parte da *Prison Litigation Reform*, foi aprovada uma lei segundo a qual os juízes federais não mais podem usar os acordos como ordens: é preciso que haja um julgamento primeiro e neste julgamento, a ACLU, através de provas técnicas e testemunhais, teria que provar a inconstitucionalidade do tratamento a que foram submetidos os presos.

Esta reforma faz parte de um pacote de leis e regulamentos gerados pela política mais rigorosa que domina a justiça criminal como um todo.

Outro exemplo desta política é o recente *habeas-corpus act.* É uma lei que restringiu muito o direito do réu de impetrar *habeas-corpus.* Diz que cada réu só pode ingressar com o *habeas-corpus uma vez.* Se tiver sido imposta a pena de morte, o condenado só poderá entrar com *habeas-corpus* para pedir novo julgamento diante do surgimento de nova evidência suficiente e levar a uma absolvição. Se porventura a nova evidência for suficiente para justificar uma pena mais leve, mas insuficiente para fundamentar a absolvição, não é permitido o *habeas-corpus.*

10. *The Sentencing Project*
918 F Street, NW, # 501
Washington, DC
telefone: (202) 628-0871
fax: (202) 628-1091

Contato:
Mr. Malcolm Young
Executive Director

É uma ONG que desenvolve e promove programas de sentenças alternativas, fornece assistência técnica a advogados e juízes criminais, publica pesquisas e informações sobre a política criminal e tem por finalidade principal reduzir o número de pessoas presas.

Desde 1986, o *Sentencing Project* tem fornecido programas de alternativas às prisões em mais de 20 estados americanos. Estes programas dão aos juízes uma gama de opções à prisão, fazendo uso das possibilidades da própria comunidade e levando a sério o supervisionamento. Mais recentemente, financiou o desenvolvimento de uma associação especializada neste campo, a *National Association of Sentencing Advocates*. Com uma verba recebida do Departamento de Justiça, publicará um guia de alternativas.

Os relatórios escritos pelos membros do *Sentencing Project*, principalmente aqueles que denunciam iniqüidades da justiça criminal relacionadas a questões raciais e sociais, alcançaram grande cobertura pela imprensa e chegaram ao Congresso Nacional, contribuindo para mudar um pouco a forma com que os americanos vêm encarando questões relacionadas ao crime e às penas.

Em 1992, o *Sentencing Project* lançou uma campanha nacional por uma efetiva política criminal para desencorajar a demagogia que envolve as questões relacionadas ao crime (o nome da campanha é *Call for a Rational Debate on Crime and Punishment*).

11. *United States Bureau of Prisons*
Office of Public Affairs
320 First Street, NW room 629
Washington, DC
Tel: (202) 307-3198
Fax: (202) 514-6620

Contato:
Mr. William Bechtold
Spokesman

O *U.S. Bureau of Prisons* supervisiona as atividades dos estabelecimentos prisionais federais e os estabelecimentos de tratamento comunitário. Também supervisiona os contratos feitos com instituições locais para a prisão e manutenção de presos federais. O escritório central de Washington coordena as operações e fornece as diretrizes políticas da instituição em todo o país.

Informações recebidas: Existem 86 prisões federais que abrigam 106.000 presos. A superlotação nas prisões de segurança média ou mínima está na faixa de 23%. Nas penitenciárias de segurança máxima o número de presos corresponde ao número de vagas.

O orçamento anual do Bureau no último ano fiscal foi de U$ 3.000.000.000 (três bilhões de dólares).

Alguns presos sofrem condenação pela prática de crime federal e crime estadual e, em muitos casos, diante da independência das instâncias, as condenações relacionam-se ao mesmo fato. Normalmente, deve ser cumprida primeiramente a sentença que foi dada antes. No entanto, quando a pena imposta pela justiça estadual é cumprida antes, o juiz federal pode permitir o cumprimento simultâneo das duas sanções.

As rebeliões que aconteceram nos últimos 20 anos não tiveram qualquer relação com a política do Bureau nem foram causadas por questões internas dos presídios, mas sim por fatores externos como, por exemplo, um movimento feito por presos cubanos que não queriam ser repatriados. Praticamente não houve rebelião séria depois de Attica.

Todo o *staff* das prisões, compreendendo inclusive os médicos, enfermeiros e pessoal de serviços burocráticos, recebe treinamento semelhante ao dos guardas e, no caso de necessidade, devem também desempenhar *correctional work*.

A prioridade dos dirigentes das prisões é a manutenção da segurança, tanto para os próprios presos como para os funcionários. As três regras básicas para manter a segurança são: 1.º) evitar conflitos; 2.º) usar o mínimo de força necessária; 3.º) preservar a integridade física. Sempre que há necessidade de uso de força, o diretor ou supervisor deve estar presente e o episódio tem que ser filmado.

Existem programas de trabalho e educação. O preso não é obrigado a estudar mas terá algumas desvantagens se não estudar, como por exemplo, receberá menos pelo trabalho realizado. O pagamento não é obrigatório e gira em torno de U$ 0,35 a U$ 1,25 por hora.

Nas Penitenciárias Federais não é permitida visita íntima e os presos não podem ter televisão na cela. Só rádio e, geralmente, um tipo especial de rádio que, mesmo se desmontado, não contém peça alguma que possa se transformar em arma.

As faltas disciplinares são julgadas administrativamente. O preso tem direito de se defender e de pedir a oitiva de testemunhas, mas não tem direito à assistência por advogado. Caso não se conforme com a sanção disciplinar imposta, pode recorrer obedecendo a hierarquia administrativa, até chegar ao Diretor do Bureau. Atualmente, o único benefício possível para o condenado por crime federal é uma espécie de remição denominada *good time*. Para cada período de um ano com bom comportamento, são diminuídos 54 dias do total da pena.

12. *National Center on Institutions and Alternatives*

635 Slaters Lane G 100

Alexandria, VA 22314

Tel: (703) 684-0373

Fax: (703) 684-6037

e-mail: <ncia@igc.apc.org>

Contato:

Mr. Keith Stroup e Mr. Eric Lotke

Advogados Diretores

É uma ONG que tem como escopo principal reduzir a imposição da pena de prisão como resposta penal, incentivando o uso de alternativas, como trabalho comunitário, *half-way houses* e diversos outros tipos de programas. O Centro fornece aos advogados de defesa e aos juízes criminais recomendações específicas sobre sentenças e benefícios.

De acordo com a visão do Centro, o número de presos que deveriam mesmo estar atrás das grades, porque são violentos e colocam em risco a vida e a segurança das pessoas, não passa de 15%. 20% dos presos são pessoas que não deveriam estar em prisões de forma alguma porque não cometeram crimes verdadeiramente. As acusações poderiam ser classificadas como "episódios de mau comportamento" – pequenos furtos em lojas, perturbação da tranqüilidade, desrespeito a horário, uso de drogas etc.

Até o final dos anos 70, o crime era um problema local. A partir desta época, o governo federal começou a se envolver e então teve início a tendência de endurecimento das respostas penais.

Hoje em dia, três prisões, em média, são construídas por semana. Não existem criminosos violentos em número suficiente para manter as prisões cheias e, por isso, cada vez mais os autores de pequenas infrações são mandados para as cadeias.

As pessoas das classes mais baixas, principalmente os negros, têm a sensação de mais polícia e menos segurança. E são eles, efetivamente, que têm maiores chances de serem vítimas de crimes, apesar de dizerem as pesquisas que o sentimento de medo está presente de uma maneira intensa nas classes mais altas. Em razão das pesquisas de opinião, leis mais rigorosas têm sido aprovadas. No entanto, tudo depende da forma como é conduzida a pesquisa. Quando o entrevistado é cientificado dos custos da prisão e dos custos de uma pena alternativa, mais barata e mais eficaz, as pesquisas revelam que, principalmente nas pequenas cidades do interior, existe um grande interesse pelas alternativas.

13. *Bureau of Rehabilitation, inc.*
4601 Presidents Drive, Suite 240
Lanham, Maryland 20706
telefone: (301) 306-1260
fax: (301) 306-1262

Contato:
Mr. Walter H. Sanders
Executive Director

É uma organização privada, fundada em 1930, que trabalha com programas de reintegração de egressos, viciados e jovens com problemas em Washington, DC, e na área metropolitana. O Bureau está comprometido com o desenvolvimento de serviços comunitários que possam funcionar como alternativas à institucionalização tradicional. Além desta área de atuação, o Bureau também incentiva a participação da comunidade e fornece treinamento e cursos sobre sistema judicial criminal às pessoas em geral, empresários e, principalmente, autoridades eleitas.

As atividades do Bureau são coordenadas por um corpo de diretores voluntários. Os fundos vêm de doações de particulares, subsídios oficiais e dos contratos celebrados a nível municipal, estadual e federal para prestação de serviços. Todas as contribuições podem ser deduzidas do imposto de renda.

Um dos principais programas é o *Adult Residential Program.* Este programa fornece auxílio na difícil fase de transição entre a prisão e a liberdade. Os residentes das *half-way houses* são assistidos pelo *staff* nas áreas de colocação no mercado de trabalho, treinamento vocacional, aconselhamento para viciados e reintegração comunitária e familiar. Existem programas realizados também nas prisões, como o *Decision Making* no Centro Correcional de Prince George's County. Ali é dado um curso de 8 semanas com aconselhamento de grupo e individual. O objetivo do programa é fornecer aos sentenciados técnicas fundamentais de tomada de decisões e é ministrado por voluntários.

O Bureau atende tanto a condenados como acusados. Como exemplo, se um acusado não tem dinheiro para pagar fiança, o juiz pode colocar como condição para a concessão de liberdade provisória a apresentação ao Bureau, que terá a responsabilidade de manter o acusado sob supervisão e apresentá-lo à Corte na data marcada.

Atualmente, é muito difícil vender a idéia de reabilitação porque a mentalidade reinante em todo o país está muito conservadora. Só se pensa em prender e construir prisões como solução para o problema da criminalidade. Nos anos 60-70, a visão era oposta: acreditava-se que

a reabilitação era mais importante que o encarceramento. Hoje, portanto, os fundos são cortados e muitos programas ainda podem ser desenvolvidos graças ao idealismo dos voluntários.

14. *American Correctional Association*
4380 Forbes Boulevard
Lanham, Maryland 20706
Tel: (301) 918-1800
Fax: (301) 918-1900

Contato:
Mr. James A. Gondles, Jr
Executive Director

A ACA, fundada em 1870, é uma organização que reúne profissionais envolvidos com prisões, prestação de serviços a jovens e adultos, penas comunitárias, *probation* e *parole*. Existe uma categoria especial de sócio-estudante. Outras organizações também podem se associar. A ACA conta hoje com aproximadamente 20.000 sócios nos EUA, Canadá e outros países, e é uma autoridade mundial em políticas correcionais. Nos EUA, auxilia o governo a traçar as diretrizes na área.

A publicação oficial é uma revista mensal chamada *Corrections Today* que traz uma quantidade enorme de anúncios de produtos para a área (desde plano de saúde para presos até as últimas novidades tecnológicas). A ACA realiza duas importantes conferências por ano, com aproximadamente 3.000 participantes em cada uma delas, na maioria dirigentes de estabelecimentos prisionais. Durante estes eventos são realizados *workshops* sobre diversos assuntos relacionados a *corrections* e 350 companhias são credenciadas e podem fazer demonstração de seus produtos, já que os potenciais compradores certamente estarão lá. É um mercado que movimenta milhões de dólares.

Além dos seminários, treinamento, publicações e debates públicos realizados, a ACA se destaca por conferir créditos a determinadas instituições que seguem os padrões sugeridos. Uma prisão ou um produto, p. ex., que é reconhecido pela ACA, tem muita credibilidade junto à opinião pública e à imprensa. Para que uma prisão seja considerada dentro dos padrões da ACA, é preciso aprovação em um processo rigoroso. Durante este processo, o estabelecimento interessado tem que demonstrar que as diretrizes são cumpridas: segurança para os funcionários e para os presos; respeito às garantias constitucionais dos presos; treinamento adequado; manutenção dos equipamentos etc.

Obviamente, a tendência surgida na última década, favorecendo penas de prisões mais longas e construção de muitos estabelecimentos, deu força, dinheiro e poder para a ACA.

15. *Attica Correctional Facility*
Attica, New York 14011
tel. (716) 591-2000

Contato:
Mr. Anthony F. Zon
Superintendente

A Penitenciária Estadual de Attica foi construída em 1931. Tem capacidade para 2.200 presos. A capacidade aumentou em meados de 1995 quando algumas celas foram adaptadas para alojar dois presos. Até então as celas eram individuais. A Penitenciária conta com 550 funcionários, 140 por turno.

O Estado de Nova York voltou a prever a pena de morte em 1995. Não houve ainda execução com base na nova lei. A última execução aconteceu no ano de 1962.

As celas são abertas às 5 horas da manhã e fechadas às 22 horas. Durante todo o dia as atividades são coordenadas. Praticamente não há tempo livre. Depois da famosa rebelião que aconteceu em 1971 e deixou 43 mortos, muitos artistas e pessoas da comunidade se voluntariavam para desenvolver programas de recreação ou educacionais. Hoje em dia é muito difícil conseguir algum tipo de programa.

Os presos que estão em regime de castigo por indisciplina permanecem isolados na cela 23 horas por dia. Não há limite temporal para o cumprimento do castigo. Em 1981 um preso estuprou e matou uma funcionária e permaneceu 15 anos no castigo.

O preso não tem direito de cumprir pena em local próximo ao da família e para manter vínculos são desenvolvidos alguns programas. Podem fazer chamadas telefônicas a cobrar e as esposas podem passar a noite quando os maridos não têm problemas de disciplina. As visitas não podem ser submetidas a revista a não ser que exista alguma suspeita séria e fundamentada. A revista aleatória ofenderia direito constitucional.

A população prisional é constituída de 50% – negros, 30% – hispânicos e 20% brancos. Quase todos têm mais de 21 anos e são reincidentes condenados a penas longas. Legalmente, um jovem de 16 anos poderia cumprir pena em Attica, o que não acontece na prática.

16. *Genesse County Justice Program*

Genesse County Sheriff's Office
Batavia, New York 14020
Tel. 344-2550 Ext. 226

Contato:
Mr Dennis J. Wittman
Diretor

Na pequena cidade de Batavia, um programa tem chamado a atenção nacional. Com envolvimento e participação das autoridades policiais e judiciais e membros da comunidade, soluções alternativas têm sido encontradas para o problema da criminalidade e da superlotação das prisões.

O programa é chamado de *restorative justice* e envolve, entre outros aspectos, assistência à vítima, reconciliação entre réu e vítima, prestação de serviços comunitários, pesquisas, recomendações para os órgãos públicos, reparação financeira.

A idéia principal é envolver a comunidade e buscar soluções que atinjam as pessoas de uma forma não-burocrática. Cada pessoa envolvida em um processo criminal é tratada como um indivíduo com um problema a ser resolvido e não como uma parte processual. Os policiais, promotores e juízes acreditam que impor uma pena de prisão não significa que o problema foi resolvido: o caso pode ter terminado, mas o problema continua. Em razão deste especial tipo de enfoque, mais humano, o programa é também chamado de *healing justice* (– *a justiça que cura*).

Os encontros entre vítima e acusado se dão antes da fase processual. Muitas reuniões podem ser realizadas antes que se chegue a um acordo, mas quando isso acontece, o acordo é ratificado pelo juiz. Surpreendentemente, quando a vítima é chamada a participar destas reuniões, as propostas são menos rigorosas que aquelas feitas só pelo promotor, no procedimento normal de *plea-bargain.*

17. *New York City Department of Corrections*

Office of the Comissioner
60 Hudson Street Room 608
New York, New York 10013

tel: (212) 266-1414
fax: (212) 266-1597

RIKERS ISLAND
East River, acesso pela Buono Memorial Bridge

Contato:
Mr. Kevin Johnson
Officer

Os estabelecimentos prisionais que integram o Departamento Correcional da Cidade de Nova York abrigam uma população de aproximadamente 16.000 presos. Deste total, 2/3 são presos provisórios. O restante é formado por sentenciados cumprindo pena igual ou inferior a um ano, condenados que quebraram alguma condição do livramento condicional e estão aguardando audiência de revogação e presos civis. Os condenados à pena superior a um ano são transferidos para o Departamento Correcional Estadual.

O maior complexo prisional é o de Rikers Island, a que se tem acesso pela Buono Memorial Bridge. A ilha foi comprada pela cidade em 1884 e os 90 acres originais foram transformados em 400 através de aterramento. Lá estão 18.000 presos em 10 presídios independentes e dois anexos. Os anexos são barcos-presídio atracados ao norte da ilha, cada um com capacidade para 162 presos. É a maior colônia penal do mundo.

Em Rikers Island não permanecem presos condenados pela justiça estadual. Quando o preso é condenado, o juiz emite uma ordem de remoção para o Departamento Correcional Estadual que deve providenciar a vaga em prisão estadual dentro de 24 horas. Se a vaga não é fornecida, o Departamento paga uma multa de U$ 250 na primeira hora e U$ 100 a cada hora a mais de atraso.

18. *New York State Office of the Attorney General*
Criminal Prosecutions Bureau
120 Broadway – 27th floor
New York, NY 10271
tel: (212) 416-8000
fax: (212) 416-8931

Contato:
Mr. Alfredo F. Mendez
Assistente do Procurador-Geral, Chefe da Seção de Crimes Financeiros

A divisão criminal do escritório do Procurador-Geral reúne os Promotores Criminais do Estado de Nova York. Vigora o princípio da oportunidade e o Promotor pode escolher entre levar um caso adiante ou não. A vítima é chamada ao escritório para manifestar sua disposição em relação ao caso. No Estado de Nova York a vítima tem direito também de estar presente na Corte no dia do julgamento.

A grande maioria dos casos, mais de 95%, são resolvidos através do *plea-bargaining* – o acusado se declara culpado e, em troca, o Promotor oferece alguma vantagem. P. ex.: em um caso de homicídio premeditado – de primeiro grau – se o acusado se declara culpado, o Promotor pode fazer a acusação por homicídio de segundo grau, com uma pena menor e não há julgamento: as partes se apresentam ao juiz que homologa o acordo. Sem este instituto seria impossível processar todos os casos. Apesar das críticas que o sistema recebe, a visão da maioria dos Promotores é de que uma solução mais rápida tem maior chance de ser uma solução justa.

As principais críticas dirigidas ao sistema de barganha envolvem dois aspectos: muitas vezes, o acusado é "aconselhado" com tanta ênfase, inclusive pelo advogado, a aceitar o acordo que fica

sem opção. Teoricamente, a indagação que o juiz faz acerca da espontaneidade seria garantia suficiente, mas muitas decisões são tomadas pelo medo de imposição de uma pena muito severa e não pela livre adesão à proposta. Há que se considerar que a maioria dos acusados só conta com defensores públicos, interessados, eles próprios, no acordo. Outro ponto crítico diz respeito à "moeda de barganha". Vale dizer: tem mais chance de obter um acordo melhor quem tem mais para oferecer. No caso de tráfico de drogas, por exemplo, o pequeno traficante, que muitas vezes nem sabe quem o contrata, teria pouco a oferecer em um acordo. Por outro lado, se o acusado for alguém que ocupa um posto mais importante na organização, terá mais informações e poderá obter um acordo melhor.

19. *Dublin Federal Correctional Institute*
5708 8th St. In Camp Parks
Dublin, California
tel: (510) 833-7562

Contatos:
Ms. Peggy G. Boynton
Diretora da Unidade Feminina
Mr. Robert Webb
Diretor da Unidade Masculina

É uma penitenciária federal modelo. A unidade feminina abriga 950 presas, sendo 200 em regime de segurança mínima e a unidade masculina abriga 200 presos provisórios.

A unidade masculina é uma bem cuidada prisão comum, mas a ala feminina chama atenção por não ter características de prisão. Não há celas com grades mas dormitórios com amplas janelas de vidro com vista para um parque arborizado. As casas de tijolos espalhadas por um gramado dão a idéia de um condomínio residencial.

A maioria das presas está condenada por tráfico de entorpecentes e há um grande número de hispânicas. Diante da severidade das penas federais e da falta de perspectiva de obtenção de benefício, para aquelas condenadas por fato ocorrido depois de 1987, muitas mulheres estão simplesmente preparadas para passar ali a maior parte de suas vidas.

Como acontece nas penitenciárias estaduais, por todo o caminho de acesso à entrada do presídio são vistas placas com o aviso de que toda pessoa estará sujeita a revista pessoal e em seus pertences. Mas a finalidade é mais intimidativa, já que a revista efetiva depende da comprovação de uma suspeita séria.

20. *San Francisco Pre Trial Diversion Project, inc.*
567 7th Street
São Francisco, CA 94103

Contato:
Ms. Sharon R. Roberts
Diretora Administrativa

É uma organização privada, sem fins lucrativos, que iniciou seus trabalhos em 1976. Um grupo de pessoas, incentivado pela American Bar Association, decidiu buscar formas de evitar que os acusados da prática de pequenos crimes fossem para a prisão.

O Projeto trabalha com oito programas de alternativas, sendo o principal o *pre-trial diversion*. Só são admitidas para este programa pessoas primárias acusadas de pequenos delitos, prostituição, posse de droga, pequenos furtos. Após a primeira audiência, o juiz determina que o acusado permaneça sob supervisão por determinado período que varia de três meses a um ano. Durante este tempo, o processo fica suspenso. Ao final, um relatório é enviado ao juiz que pode arquivar o caso.

Os profissionais do Projeto oferecem vários tipos de ajuda: programas para viciados, reestruturação familiar, colocação no mercado de trabalho. Na própria sede, existe um pequeno banheiro e uma cozinha onde o acusado que saiu há pouco tempo da prisão pode tomar banho e se alimentar. O Projeto recebe doações de roupas e muitas vezes dá ao acusado roupa adequada para comparecer às audiências.

Aproximadamente 130 pessoas encontram-se sob supervisão do Projeto. Existe uma relação de confiança recíproca entre a instituição e os clientes e estes mantêm contato permanentemente. Acontece com a freqüência de uma ou duas vezes por mês de o cliente não cumprir com suas obrigações. Nesta hipótese, o caso é remetido de volta para o juiz, e segue, então, a tramitação normal.

21. *California Public Defender's Office*
221 Main Street, 10th floor
tel. (415) 904-5600
fax: (415) 597-5825
São Francisco, CA 94105

Contato:
Mr. Arthur W. Ruthenbeck
Defensor Público-Chefe

Este escritório reúne 25 defensores públicos que trabalham especialmente com casos em que foi aplicada a pena de morte, preparando recursos para os tribunais superiores. A seleção dos advogados é feita pelo Defensor Público-Chefe. Normalmente há um grande interesse por parte de advogados jovens e idealistas, recém-formados.

É o Poder Legislativo Estadual que estabelece as verbas destinadas aos escritórios de defensores públicos. O escritório pode contratar detetives, peritos, psicólogos e assistentes sociais, mas nunca há dinheiro suficiente para satisfazer a demanda. Comparativamente, os escritórios dos promotores públicos têm mais estrutura e mais dinheiro para contratar estes profissionais auxiliares.

O Estado da California é, hoje, um dos mais rigorosos em matéria de resposta penal. Neste Estado foi aprovada a primeira lei que estabelecia pena de prisão perpétua para a terceira condenação. A lei ficou conhecida como *three strikes and you're out*. De acordo com Mr. Ruthenbeck, a situação ficou mais difícil a partir do ano de 1986. Foi neste ano que os liberais perderam a indicação para a Suprema Corte. Antes, 70% das sentenças que fixavam pena de morte eram revertidas. Hoje, 98 % são confirmadas. O discurso em favor de penas mais longas e leis mais duras é seguro para os políticos: não atinge os interesses de ninguém de peso. Não há vozes fortes do outro lado. Também é simpático para a opinião pública o discurso pela preservação da natureza, mas, aqui, corre-se o risco de atingir os interesses de poderosas corporações. Toda questão relacionada à política criminal é tratada com muita demagogia: todo ano eleitoral, surge um projeto de lei criminal mais severa.

22. *San Francisco Superior Court*
Criminal Division
Hall of Justice – Room 306
850 Bryant Street
tel. (415) 553-1897
fax: (415) 553-1661
San Francisco, CA 94103

Contato:
Ms. Paula P. Itaya
Diretora de Operações

O Tribunal Superior de São Francisco é dividido em oito seções, cada uma com um juiz, e mais uma especial que é

chamada de *Master Calendar*. O juiz do *Master Calendar* não realiza julgamentos mas organiza a pauta das audiências nas oito seções.

Os casos têm início, normalmente, no Tribunal Municipal. Lá acontece a oitiva preliminar do acusado. O Juiz municipal remete o caso para o Tribunal Estadual para julgamento ou para sentença, nos casos de *plea-bargaining*. O julgamento é sempre feito pelo júri e a decisão tem que ser unânime; se não for, é marcado novo julgamento.

Existem aproximadamente 7.000 casos em andamento no Tribunal.

No dia da visita, um condenado por abuso sexual contra criança estava sendo julgado. Recentemente entrou em vigor uma nova lei: todo preso que cumpriu pena por delito sexual envolvendo crianças deve ser submetido a novo julgamento antes de ser posto em liberdade. Se o promotor provar que existe uma probabilidade razoável de que volte a cometer delito semelhante, o condenado é considerado "predador sexual", e mesmo tendo cumprido integralmente a pena imposta, é mantido preso por mais um período de tempo. No caso concreto, a Promotora e o Defensor apresentaram peritos psiquiatras como testemunhas e o júri decidiria se o condenado poderia ou não ser posto em liberdade.

23. *National Council on Crime And Delinquency*

685 Market Street Suite 620

San Francisco, CA 94105

tel: (415) 896-6223

fax: (415) 896-5109

Contato:

Mr. Barry Krisberg

Presidente

É uma das organizações mais tradicionais e que gozam de maior credibilidade na área de pesquisa e treinamento profissional em assuntos relacionados à política criminal. Foi fundada em 1907 e sua preocupação inicial era manter as crianças fora do sistema de justiça criminal. Com o passar dos anos, tornou-se importante referência nacional. O NCCD sugere aos Estados modelos de legislação, alternativas à prisão, formas de tratamento de jovens delinqüentes, fornece programas de treinamento, diversas publicações específicas.

Em junho de 1995, o NCCD elaborou um guia para auxiliar as comunidades na solução do problema da delinqüência juvenil. É o *Guide for Implementing the Comprehensive Strategy for Serious, Violent and Chronic Juvenile Offenders*. O guia recebeu a chancela do Departamento de Justiça, foi publicado oficialmente e tem sido empregado com sucesso em muitas comunidades.

De acordo com Mr. Krisberg, no ano de 1994, em razão da ocorrência de crimes que chamaram muita atenção, como o assassínio do pai de Michael Jordan, teve início um verdadeiro frenesi social. "Ninguém está seguro" passou a ser o pensamento dominante. Com este clima, os lobistas ligados aos fabricantes de armas e aos guardas de prisão e muitos políticos oportunistas encontraram um clima propício no Congresso. Ser duro em relação ao crime passou a ser um ponto de convergência de opiniões de democratas e republicanos. O sindicato dos guardas de prisões tem 450.000 filiados. É o sindicato mais forte e um dos mais poderosos. Resultado: muitas prisões vazias, por falta de presos ou falta de dinheiro para administrá-las. No seu entender, é um erro monumental gastar tanto dinheiro com a construção de prisões. Para tentar melhorar a situação e esclarecer a opinião pública, o NCCD estabeleceu um prêmio para os

jornalistas que tratassem o problema da criminalidade com uma visão isenta e acurada.

Ainda de acordo com o Presidente do NCCD, o debate "pena de prisão X penas alternativas" não terá fim. É preciso promover soluções não dependentes de iniciativa do governo. Encarar o problema da violência como um problema de saúde e não de justiça criminal. Enquanto isso não acontecer, distorções como as verificadas atualmente continuarão existindo: um guarda de presídio na Califórnia ganha 50% a mais do que um professor. 10% do orçamento nacional anual vai para o sistema prisional.

24. *Texas Department of Criminal Justice*
State Jail Division
PO BOX 13084
Austin, Texas 78711
Tel. (512) 463-7663
fax: (512) 463-7728

Contato:
Mr. Ronald Champion
Diretor Assistente

O Texas é o Estado com maior número de presos por habitante: 653 por 100.000. 5% da população adulta está sob supervisão da justiça criminal. A campanha eleitoral do atual governador, George W. Bush, teve na questão da segurança um de seus principais alicerces. Durante a campanha, as portas das prisões eram mostradas como portas giratórias: as pessoas entravam e saíam, saíam e entravam. O relatório elaborado pela Criminal Justice Policy Council, entregue ao governador e à assembléia legislativa em janeiro de 1997, revela que a porta foi fechada: o número de presos passou de 41.166 em 1989 para 144.300 em janeiro de 1997. Em 1990, 79,4% dos presos indicados para obter *parole* recebiam o benefício. Este número caiu para 20,3% em 1996.

De acordo com Mr. Champion, a taxa de reincidência é hoje de 9% nos casos de delitos ligados a drogas e 48% nos demais.

Mr. Champion é grande defensor da privatização das prisões, que teve início em 1989. Já prestou assessoria em diversos estados e países procurando expandir a privatização. O Texas é também o estado americano com maior número de prisões privadas que abrigam hoje 10% dos presos. De acordo com sua concepção, privatização é negócio: o sucesso depende da boa relação entre as partes e de um bom contrato. A crítica sempre feita à privatização das prisões no sentido de que o foco principal está no lucro e não no homem é improcedente porque a empresa contratada tem que cumprir o que está escrito. Se o contrato exige desenvolvimento de programa educacional ou profissionalizante, a empresa terá que desenvolver este programa. Diz ainda Mr. Champion que a prática revela que as empresas privadas fazem o trabalho melhor que o Estado e de forma mais barata. Diz que os presos preferem ir para as prisões privadas e que os argumentos contrários são insubsistentes.

As prisões privadas são sempre supervisionadas pelo Estado. Em todo presídio privado há um funcionário do Estado, responsável pela fiscalização do cumprimento das cláusulas do contrato que, via de regra, são cumpridas: as multas por eventual rescisão são muito onerosas para a parte culpada.

Os valores dos contratos com as empresas privadas estão relacionados ao número de presos. Exemplificando: o Estado contrata uma empresa para construir e administrar uma prisão para 1.000 presos. O preço é calculado por preso. Normalmente, o custo anual do preso é menor que o custo do preso em um

estabelecimento público e depende do tipo de serviços e programas contratados.

O Estado do Texas possui hoje em dia mais vagas do que presos do próprio Estado e, em razão disso, vem oferecendo vagas para outros Estados que têm o problema inverso. Mediante pagamento, é claro. É um sistema de "aluguel" de vagas.

Apesar de constatar que 70% dos presos cometeram crimes não-violentos, o governo considera legítimo o clamor da população que diz: "pago meus impostos, quero este homem na prisão".

Existe um grande envolvimento comunitário voluntário, principalmente nas igrejas, para a realização de programas nas prisões. As comunidades desenvolvem programas de visitas, professores aposentados dão aulas, grupos religiosos fazem aconselhamento. Apesar disso, o clima pró-punição não esmorece.

25. *Texas Citizens United for the Rehabilitation of Errants – TX Cure*
1804 Chicon # 108
Austin, Texas
Tel. (512) 476-3432

Contato:
Ms. Linda Marin
Diretora Executiva

É uma organização não-governamental que existe há mais de 20 anos e trabalha sempre inspirada por uma idéia fundamental: *todas* as pessoas têm direito à dignidade. A atuação se dá em quatro frentes: programas de educação dirigidos principalmente aos formadores de opinião demonstrando que é melhor investir em programas de prevenção ao crime; informação às vítimas, aos prisioneiros e seus familiares sobre direitos e possibilidade de ajuda concreta; programas que contribuam para a reintegração dos condenados à comunidade; proporcionar um espaço onde vítimas, réus, políticos e profissionais da justiça criminal possam se encontrar e trabalhar juntos buscando soluções para o crime e a violência.

Parte dos fundos da organização vem do pagamento de taxas de inscrição de membros. Entre os membros, muitos são prisioneiros e seus familiares.

O Texas Cure é o braço regional da organização *Citizens United for the Rehabilitation of Errants* que está espalhada pela maioria dos estados americanos. O tipo de trabalho desenvolvido em cada lugar depende das especificidades locais. Assim, o foco principal da atuação do Cure texano é desenvolver programas de conscientização acerca da inutilidade de manter tantas pessoas presas, mostrando que o que pode ser bom para os negócios talvez não seja bom para a sociedade como um todo. A grande preocupação da organização, hoje, é o enorme volume de dinheiro dirigido à construção e administração das prisões que repercute diretamente no enfraquecimento de programas sociais, principalmente aqueles relacionados à educação básica.

26. *Texas Coalition to Abolish the Death Penalty*
PO BOX 49821
Austin, Texas
tel: (512) 451-4174
fax: (512) 451-9085
Email: <peffle@hotmail.com>

Contato:
Paula Effle
advogada diretora

A TCADP é uma organização que reúne vários grupos, pessoas e outras organizações comprometidas com a luta pela abolição da pena de morte. É afiliada

da *National Coalition to Abolish the Death Penalty*. Os membros são muito ativos e envolvidos com a causa. Fazem, por exemplo, um protesto mensal em frente ao estabelecimento prisional onde as execuções acontecem (*Texas Department of Corrections Walls Unit*) no último sábado de cada mês, das 14 às 16 horas.

De acordo com as informações recebidas, o Texas é a Capital da pena de morte no mundo ocidental: 107 pessoas foram executadas desde 1982; 450 prisioneiros estão no corredor da morte. Além disso, o sistema de justiça criminal é injusto com pobres, negros e hispânicos que não possuem representação legal adequada, e estão sendo tomadas medidas para acelerar o procedimento nos casos de execução através da diminuição dos recursos possíveis que implica, obviamente, a diminuição das garantias. No estado do Texas é possível a execução de adolescentes e doentes mentais.

Uma das recentes campanhas promovidas pela TCADP incentiva os membros da organização e simpatizantes a trazerem sempre consigo uma declaração (*Declaration of Life*), com firma reconhecida e registrada em cartório, que diz em suma que, se a pessoa for vítima de um crime violento, não quer que o autor do delito seja condenado à pena de morte, e deseja que aquela declaração seja lida para os jurados e para o juiz no dia do julgamento. A declaração tem início com a afirmação de que seu portador é contra a pena de morte, que não acredita que este seja um meio dissuassório eficaz e que a morte de uma pessoa causada por outra, por qualquer motivo, é uma ato moralmente errado.

2 – DOUTRINA NACIONAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE A MULTA EM FACE DA LEI 9.268/96

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA, BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA, CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS, FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES, FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES, GERALDO ALVES DE CARVALHO, GERALDO SANCHES DE CARVALHO, INÊS THOMAZ e SILVIA HELENA FURTADO MARTINS

SUMÁRIO: A multa como sanção penal (Lei 7.209/84 – Parte Geral do Código Penal): 1.1 Fundamento histórico; 1.2 A nova redação dada ao art. 51 do Código Penal – 2. A questão da insolvência do condenado – 3. Do procedimento fiscal e das garantias penais – 4. Efeitos do não-pagamento da multa – 5. Prazos prescricionais e a retroatividade: 5.1 Prazos prescricionais e a legislação extra-penal; 5.2 Termo inicial: a multa como pena única; 5.3 Termo inicial: multa cumulativa – 6. Causas interruptivas da prescrição da pretensão executória – 7. Causas suspensivas da prescrição da pretensão executória – 8. Fundamentos da pena: repressão e prevenção – A multa cumulativa à pena privativa de liberdade – 9. A multa decorrente da transação penal – Lei 9.099/95 em confronto com a Lei 9.268/96.

1. A multa como sanção penal (Lei 7.209/84 - Parte Geral do Código Penal)

1.1 Fundamento histórico

A utilização de pena pecuniária como sanção penal – e não apenas como forma de composição dos conflitos de natureza privada – data da Idade Antiga.

A partir da Baixa Idade Média, todavia, percebe-se forte tendência em privilegiar as penas corporais, como expressão tanto da dominação da Igreja Católica, imbuída da idéia de expiação da culpa pelo sofrimento físico, como dos regimes autoritários que se disseminaram por toda a Europa.

Com a retomada de sistemas democráticos de governo, a multa ressurge como forma alternativa de pena, reconhecendo-se seu alto potencial intimidativo e, em função disso, aprimorando-se os meios de fixação e aplicação.

A multa, como pena alternativa, veio a ser, neste século, uma necessidade, pois reconhecido o fracasso da pena privativa de liberdade, quer como forma de contenção, quer como meio ressocializador.

No Brasil, desde a década de 50, quando acentuou-se o crescimento da criminalidade e, principalmente durante os anos 60, os juristas foram levados a repensar no sistema de penas do Código Penal de 1940, criando-se, desde então, vários projetos de reforma.

Somente em 1984 um deles foi aprovado – o que tratou da Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84) –, porém, com mudanças ainda tímidas.

O campo de aplicação de sanções alternativas, dentre as quais figura a multa, foi restringido de propósito, como se pode verificar no texto da própria Exposição de Motivos da Lei 7.209/84, item 29:

"Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico".

1.2 A nova redação dada ao art. 51 do Código Penal

Com as alterações da Lei 9.268/96, o art. 51 do CP dispõe, de forma literal, que:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

A manutenção da multa como sanção penal está clara, pois o Legislador buscou, com as modificações trazidas, proporcionar uma maior eficácia à sua cobrança.

Assim, à evidência, a multa como reprimenda penal continua prevista, não apenas na Constituição da República (art. 5.º, XLVI, "c"), como na norma – não revogada – do art. 32 do CP, a qual relaciona as hipóteses de penas. Igual tratamento foi-lhe atribuído na Lei 9.268/96, pois ao dispor sobre os prazos prescricionais do art. 114 do CP a trata, textualmente, como "*pena* (grifo nosso) de multa".

Aliás, a idéia de se conferir maior força executória à cobrança da sanção pecuniária, considerando-a como dívida de valor e determinando a adoção de procedimento fiscal para a cobrança, era de fato o mote do legislador.

A mensagem enviada pelo Ministro da Justiça de n. 785, a qual originou a referida lei e foi publicada no *Diário do Congresso Nacional* na p. 19.427 em 24.08.1995, dispunha o seguinte:

"Dando seqüência à reforma da legislação penal, submeto a Vossa Excelência o incluso Projeto de Lei que visa facilitar a cobrança da multa criminal, afastando obstáculos que, presentemente, têm conduzido à prescrição essa modalidade de sanção. Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedimento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário (...). Com a proposta ora apresentada, a multa readquire as medidas eficientes de combate à criminalidade patrimonial".

Diante dessa opção do Legislador, dar uma interpretação diversa à nova lei será o mesmo que lhe negar vigência, ou, no entender do E. Des. Mesquita de Paula, constante no Ag. em Execução 1.038.271-9: "*(...) a referida lei se transformaria em letra morta se a execução não fosse atribuída a um órgão especializado nesse tipo de cobrança, tendo sido escolhido, no caso, a Fazenda Pública*".

A aferível mudança, entretanto, não tem sido aceita pelo Ministério Público Paulista, que tem provocado as Instâncias Superiores com dezenas de recursos, objetivando a manutenção da legitimidade daquela Instituição para a cobrança da multa penal, como anteriormente.

Em sua origem, a multa continua tendo caráter de pena, mas sua forma de cobrança tem hoje o caráter civil ou extrapenal, a ser impresso na execução.

Tal modificação, anote-se, não é totalmente estranha à situação anterior, uma vez que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) em seu art. 164, § 2.º, dispunha que após a penhora a execução da multa proceder-se-ia nos termos da lei processual civil, podendo, inclusive, haver a remessa dos autos ao juízo cível (art. 165).

Ora, se anteriormente já se admitia o trâmite da execução da multa em juízo não-criminal e tal fato não causava "inegáveis transtornos nos vários incidentes da execução penal", como se tem argumentado a contrário senso, por que haveria agora de causar espanto ou outras conseqüências?

A legitimidade para a atual cobrança é da Procuradoria-Geral do Estado, perante o Juízo das Execuções Fiscais do Estado, conforme dispõe o Provimento 527/95 do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo.

É forçoso reconhecer-se que a Fazenda Pública, atuando através de seus Procuradores, junto a um juízo especializado e aparelhado para a execução fiscal, é quem melhor responderá ao objetivo da nova lei e, efetivamente, poderá arrecadar os valores impostos nas sentenças penais condenatórias.

Aliás, tal constatação em nada desprestigia o Ministério Público, ou os Juízos Criminais, mas apenas reconhece que, decorridos mais de uma década da edição da Lei 7.210/84, a cobrança da multa penal não tem sido efetivada na sua plenitude.

É cediço que o juízo de execução penal encontra dificuldades para garantir a legalidade no cumprimento das penas corporais e restritivas de direitos. Nesse contexto, com juízos de execução criminal mal-estruturados, a pena de multa desaparece em escala de importância.

Diante de tantos fatos, não há como se desprezar as modificações implementadas pela Lei 9.268/96, conforme já vêm reconhecendo nossos Tribunais em recentes decisões, como as trazidas nos agravos em execução 103.8271/9 e 1038265/3 do TACrimSP, bem como as contidas nos agravos 218151.3/4 e 219081.3/1 do TJSP.

Sobre as alterações trazidas pela nova lei, o grupo de Juízes do Setor de Execuções Fiscais concluiu, em 12.08.1996, um estudo sobre o novo art. 51 do CP, no seguinte sentido:

"A modificação trazida pela nova lei teve por objetivo primordial desvincular a pena pecuniária da conversão em privação de liberdade, entendendo que a primeira denotava menor periculosidade do agente do crime e reservando a última apenas para os delitos de maior gravidade. Assim, procurou o legislador, em caso de descumprimento voluntário, submeter o apenado a processo de execução civil (...). Contudo, não é a simples adoção de um procedimento que qualifica a multa pena como dívida ativa. O fato é que a sanção penal pecuniária, tida agora legalmente por dívida de valor, amolda-se perfeitamente ao conceito explicitado no art. 2.º da Lei de Execuções Fiscais" (...). Portanto, competente é o Juízo das Execuções Fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do CPC (...).

Compete à Fazenda Pública estadual a inscrição da multa, cabendo aos juízos originais dos feitos criminais encaminhar

à Procuradoria-Geral do Estado, que tem entre as suas funções institucionais 'promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual' (art. 99, VI, da Const. SP), as cópias necessárias para a inscrição da dívida ativa (em especial a sentença, comprovante de seu trânsito em julgado, cópia da notificação para pagamento em dez dias e certidão do decurso de prazo sem o pagamento)".

Todavia, antes de encaminhar as cópias para a Procuradoria do Estado de sua região, o Juiz do processo criminal pode determinar a notificação (art. 160 do CT Crim.) do sentenciado para pagar o débito em 10 dias (aplicação analógica do art. 164 da Lei de Execução Penal), com a finalidade de se dar cumprimento ao § 1.º do art. 3.º da Lei 4.320/64.

Cabe aqui analisar também o art. 50 do CP, sobre o pagamento da multa. Dispõe o referido artigo:

"A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais".

O dispositivo não entra em conflito com o art. 51 do CP, com sua nova redação, até porque a própria lei fiscal admite a notificação do devedor para pagamento em 10 dias.

Tal prazo, todavia, deixou de ter conotação de execução forçada, passando a ter o caráter de mera notificação. Assim entendido o art. 50 do CP, pode-se concluir pela sua vigência, devidamente sintonizada com a Lei 9.268/96.

Os valores arrecadados, por outro lado, continuarão a ser destinados ao Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo – FUNPESP – em conformidade com o que dispõe a Lei Federal 79 de 07.01.1994, c/c a Lei Estadual 9.171 de 31.05.1995.

2. A questão da insolvência do condenado

Após notificação do condenado para pagamento, pelo juízo criminal de conhecimento, podem ocorrer três situações:

a) o condenado comparece e satisfaz a pena: em conseqüência, declarar-se-á sua extinção;

b) o condenado comparece e faz prova de insolvência: neste caso nenhuma utilidade terá – e nenhum interesse, quer do Estado, quer da sociedade, quer do executado será atendido – com a remessa de certidão da condenação para o Juízo da Fazenda Pública.

Ora, se as conseqüências do inadimplemento só atingiam, mesmo antes da Lei 9.268/96, por disposição do próprio Código Penal e da Lei de Execução Penal, o condenado solvente que não efetuasse o pagamento, é evidente que no novo sistema o insolvente não pode ser penalizado.

Assim, quando de antemão se souber da insolvência do devedor, o cumprimento da pena é inviável.

Ficando caracterizada a insolvência do condenado no próprio juízo da condenação, a única providência a se adotar é aguardar a alteração na sua situação econômica, ou a prescrição da pena, no próprio juízo criminal, para lá declarar-se extinta a punibilidade;

c) o condenado não comparece em juízo: nesta hipótese não se sabe se ele é ou não insolvente, devendo ser remetida certidão da condenação para o Juízo da Fazenda Pública, ficando por ser apurada em fase de execução sua solvabilidade.

3. Do procedimento fiscal e das garantias penais

Tópico importantíssimo a ser lembrado na cobrança da multa é o que diz respeito às garantias penais do sentenciado.

Uma primeira leitura do art. 51 da Lei 9.268/96 deixa a impressão de que todos os dispositivos da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) seriam aplicáveis à cobrança da multa penal.

Não obstante a mudança do procedimento e do Juízo competente, a natureza da multa continua a ser penal, o que implica a observância de todos os princípios informadores do direito penal.

Isto posto, as garantias penais e processuais penais do condenado deverão ser respeitadas independentemente do juízo em que se processa a ação executiva, ou do procedimento a ser adotado – no caso o da Lei 6.830/80.

Assim é que, por exemplo, a pena não pode passar da pessoa do condenado (art. 5.º XLV da CF); não pode ter caráter perpétuo e, portanto, está sempre sujeita a prescrição (art. 5.º, XLVII, "b" da CF).

4. Efeitos do não-pagamento da multa

A Lei 9.268/96 extingüiu a possibilidade de se converter a pena de multa em privativa de liberdade, de modo que todas as hipóteses do CP e da LEP que resvalam na liberdade do sentenciado em decorrência do inadimplemento da multa, estão igualmente revogadas.

Assim, não se pode aplicar o art. 118, § 2.º da LEP – que trata da regressão de regime pelo inadimplemento da multa –, nem tampouco o art. 81, II do CP, a respeito da revogação da suspensão condicional da pena.

A condenação anterior à pena de multa afasta, desde a edição da Lei 9.268/96, a possibilidade de posteriormente aumentar-se outra pena pela reincidência.

Mesmo antes da edição da citada lei já havia forte corrente jurisprudencial no sentido de reconhecer que condenação anterior à pena de multa não era hábil a gerar reincidência.

Diz-se, com propriedade, que o fato de o autor do crime ser apenado com multa representa que a infração cometida não foi grave, ao contrário, enquadra-se dentre as mais leves.

Se a própria condenação não acarreta outros efeitos ao condenado, que não a redução patrimonial, não poderá estender para o futuro um reflexo no aumento de outra pena, quer privativa de liberdade, quer restritiva de direitos, a ela equiparado o *sursis*.

As conseqüências da pena de multa não satisfeitas implicavam o aprisionamento do sentenciado, ou o aumento do rigor no regime ou forma da condenação. Se a conversão em prisão não é mais admitida em nenhuma hipótese, evidente que não pode gerar outros efeitos sobre a pena.

Pretende-se, com a imposição da pena de multa, sua efetiva satisfação, através do pagamento. Civilizada a cobrança da sanção pecuniária, em tal âmbito deve ficar restrita, tanto para fins de cobrança quanto no que se refere a seus efeitos.

Incongruente seria projetar, de forma oblíqua – por regressão ou revogação de *sursis* – efeitos sobre a liberdade, se a própria conversão não é mais possível.

5. Prazos prescricionais e a retroatividade

O art. 114 do CP, com a redação da Lei 7.209/84 (Parte Geral do Código Penal), dispunha:

"A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena é a única cominada, foi a única aplicada, ou é a que ainda não foi cumprida".

À luz do texto da Lei 9.268/96, o lapso prescricional da pena de multa passa a ser o mesmo da pena privativa de liberdade, tanto na hipótese de cumulação, quanto de substituição.

Apenas quando é a única aplicada, a sanção prescreve em dois anos.

Evidentemente, da adventícia intervenção legislativa emergiu uma situação mais gravosa já que, anteriormente, a prescrição da pena de multa ocorria em dois anos, fosse a única aplicada ou a que ainda não fora cumprida.

No Brasil, às normas sobre prescrição é reconhecidamente atribuída a natureza de direito material penal (STF, RHC 55.294; *RTJ* 83.746). E normas penais de direito material, quando mais graves, não se aplicam a eventos ocorridos antes da sua vigência (CF, art. 5.º, XL).

Dessa maneira, somente em relação a delitos cometidos a partir de 02.04.1996 (publicação da Lei 9.268/96) incidem as normas do art. 114, II, agora com a seguinte redação:

"A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I – em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade quando a multa foi alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada".

5.1 Prazos prescricionais e a legislação extrapenal

Em matéria prescricional não poderá servir-se o operador do Direito das normas contidas na Lei 5.172/66 (CTN) porque esta adstringe-se a questões atinentes a débitos tributários e equivalentes.

A própria Lei 9.268/96 invoca o arcabouço normativo contido na Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), na seguinte medida:

"art. 51 Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

Da literalidade do art. 51 poder-se-ia pensar que a prescrição da pena de multa passaria a regular-se total e exclusivamente pela Lei 6.830/80. Não é esta a realidade.

A Lei 6.830/80 aplica-se no que se refere às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, como dispõe o art. 51 do CP. Os lapsos prescricionais, entretanto, continuam a ser os do Código Penal, com as alterações que a Lei 9.268/96 fez ao art. 114 do CP.

Quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, por disposição expressa da Lei 9.268/96, não são mais as dos arts. 116 e 117 do CP, mas sim as previstas na Lei 6.830/80, todas verificáveis após o trânsito em julgado da condenação e nenhuma delas relacionada com o cumprimento de pena privativa de liberdade, ou restritiva de direitos. Vale dizer, todas fora do âmbito do direito penal.

Veja-se, nesse passo, os arts. 2.º, § 3.º; 8.º, § 2.º. e 40 da Lei 6.830/80, sobre suspensão e interrupção da prescrição.

5.2 Termo inicial: a multa como pena única

Prescreverá em dois anos, sendo a única reprimenda aplicada.

A Lei 9.268/96 nada disse acerca do marco inicial do fluxo da prescrição da pretensão executória e, portanto, aplicam-se as regras do Código Penal.

Seu termo inicial, portanto, será a data do trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I do CP).

5.3 Termo inicial: multa cumulativa

Antes da modificação introduzida pela Lei analisada, o termo inicial da prescri-

ção da pretensão executória era a extinção da punibilidade da pena privativa de liberdade, em virtude do cumprimento.

Nesse sentido apontava o art. 114 com a redação anterior (da Lei 7.209/84): "a prescrição opera-se em dois anos, quando a pena é a única cominada, foi a única aplicada, ou é *a que ainda não foi cumprida*" (grifo nosso).

O prazo prescricional, nessa hipótese, passava a fluir após o cumprimento da pena corporal, até porque o início do cumprimento da pena interrompia a prescrição da pretensão executória (art. 117, V do CP).

Com o advento da nova lei instituiu-se a autonomia executória da multa criminal.

Assim, o Estado, através da Fazenda Pública, passa a ter o direito à pretensão executória a partir do trânsito em julgado para a acusação. É o que se depreende da aplicação conjugada dos arts. 112 e 114 do CP.

Por conseguinte, tal dado passa a ser, também, o termo inicial da prescrição da pretensão executória.

6. Causas interruptivas da prescrição da pretensão executória

O art. 117 do CP diz:

"O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III- pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela sentença condenatória recorrível;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência".

No que concerne à pretensão executória, antes da vigência da Lei 9.268/96, duas causas interruptivas tinham aplicação: a reincidência e o início ou continuação do cumprimento de pena.

Com a vinda da Lei 9.268/96, entretanto, por disposição expressa contida na nova redação do art. 51 do CP, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição passaram a ser as da Lei 6.830/80.

Em relação à pena de multa, portanto, o art. 117 do CP foi afastado e só há interrupção, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, na forma e segundo as causas disciplinadas na Lei de Execução Fiscal, frise-se, nenhuma delas ligada a atos praticados no juízo criminal.

7. Causas suspensivas da prescrição da pretensão executória

Primeiramente, em se tratando de pretensão executória, cabe analisar apenas o parágrafo único do art. 116 do CP:

"Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo".

Ora, como já afirmado em relação à interrupção do lapso prescricional, a prisão não suspende mais o fluxo do prazo, uma vez que não consta do elenco de causas supensivas encontráveis na Lei de Execução Fiscal, que agora disciplina a questão da suspensão da prescrição.

Vale observar que o preceito contido no art. 40 da Lei de Execução Fiscal prevê, com intuito de evitar que devedores-executados, mediante os mais diferentes ardis, se esquivem da constrição, a suspensão do escoamento do prazo prescricional por tempo indeterminado, até que o executado, ou bens seus bastantes, sejam encontrados para propiciar penhora.

Tratando-se de cobrança de dívida não-tributária, no caso a multa criminal, a questão assume outros matizes.

Como já sobejamente demonstrado acima, a Lei 9.268/96 não transfigurou a multa criminal em sua essência, apenas sua cobrança foi "civilizada" (no dizer do Eminente Jurista Sérgio Marcos de Moraes Pitombo).

Efetivamente, a multa não deixou de ser a resposta à prática de infrações penais, até porque persiste seu assento constitucional (art. 5.º., XLVI, "c").

Ora, admitamos a hipótese de uma condenação à pena privativa de liberdade e multa. Extinta aquela, por cumprimento, se o executado não mais for encontrado (pelos mais diferentes motivos possíveis), permanecerá eternamente punível, enquanto outro indivíduo, condenado a cumprir 30 anos de reclusão – a maior pena prevista no Código Penal – deixará de sê-lo em 20 anos.

A Constituição da República garante a todos os condenados que "não haverá penas de caráter perpétuo" (art. 5.º, XLVII, "b").

O caráter perpétuo de que fala a Constituição da República refere-se tanto aos efeitos imediatos ou diretos da condenação – a pena em si – quanto aos efeitos mediatos – gerar reincidência, impedir certas formas de cumprimento em sede de fixação, ou benefícios na execução da pena.

A norma constitucional é segura, fazendo menção a caráter perpétuo e não apenas a pena perpétua e, assim, expande a limitação aos efeitos da condenação.

A situação contida no art. 40 da Lei de Execução Fiscal – perenidade da suspensão –, convenha-se, não encontra mínima guarida nas normas constitucionais que dispõem sobre as Garantias Individuais (inafastáveis, evidentemente, por alterações de lei ordinária).

Aceitar-se sua aplicação significaria chancelar evidente inconstitucionalidade, ferindo-se ainda o Princípio da Proporcionalidade, derivação do também constitucional Princípio da Igualdade (art. 5.º, *caput* da CF). Seria compactuar com a instauração de um estado de indefinição sem limites temporais, que levaria à insegurança jurídica.

Enfim, tratando de dívida de caráter penal, não se aplica a parte final do art. 40 da Lei 6.830/80 ("O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição").

8. Fundamentos da pena: repressão e prevenção – A multa cumulativa à pena privativa de liberdade

Baseado na noção de culpabilidade, o sistema penal brasileiro justifica a resposta dada à infração de forma qualitativa (modalidade de sanção) e quantitativa (tempo de pena).

Evidentemente, não pode fugir deste contexto a multa, a qual, quando cominada e aplicada, deve representar efetivamente a justa medida imposta como conseqüência do ato.

Durante a vigência da Parte Geral do Código de 1940, todavia, a multa perdeu seu caráter aflitivo.

Fixada em valores monetários absolutos mínimos e máximos, acabou sendo paulatinamente corroída por desvalorizações e alterações da moeda corrente.

Em 1984, então, retoma-se o sistema de "dias-multa", já usado pelo Código de 1890, unindo-se os critérios de reprovabilidade da conduta (culpabilidade) com a situação econômica do condenado.

Possibilitou-se, assim, que, concretamente, a multa espelhasse uma punição, em total sintonia com o Princípio da Igualdade (art. 5.º, *caput*, CF).

Como alternativa à privação de liberdade – sanção penal por natureza –, a multa atualmente pode ser a única pena cominada; a única aplicada, nos casos de substituição (art. 60, § 2.º do CP), ou aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

É de se questionar, entretanto, a cumulação de pena pecuniária com pena corporal.

Se à luz do sistema da Lei 7.209/84 tal hipótese já merecia sérias críticas, sob a ótica da culpabilidade, com a edição da Lei 9.268/96, a cumulação parece mesmo insustentável, denotando urgente reforma.

Do ponto de vista axiológico, o sistema penal no Brasil repousa na idéia da necessidade e suficiência da sanção para reprovação e prevenção do delito.

Portanto, maior a culpabilidade, mais severa, qualitativa e quantitativamente, há de ser a resposta do Estado-Juiz, expressa na pena.

Tal valoração legal existe tanto entre as espécies de pena – privativa de liberdade, restritiva de direitos e pecuniária – quanto no âmbito de cada uma delas, nas formas de cumprimento e respectivas quantidades, de modo que, se, por qualquer motivo, reconhece-se a necessidade de privação de liberdade, a imposição de multa cumulada perde totalmente seu sentido, quer preventivo, quer repressivo.

Ao se determinar que o agente deva responder pela infração com a perda da liberdade, esgotam-se, nessa via, os conceitos de "necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime".

A multa passa a configurar excesso, uma aflição a mais, sem significado e sem fundamento, diante da prisão, a medida punitiva mais drástica existente no direito pátrio.

Com o advento da Lei 9.268/96, "civilizada" a cobrança da pena pecuniária, o legislador deixou clara sua intenção de exaurir a punição com o efetivo pagamento, através da redução patrimonial.

A conversão da multa em prisão é hoje inadmissível, corroborando a falta de razoabilidade e adequação da cumulação com pena privativa de liberdade. A finalidade da pena – reprimir e prevenir – é atingida com uma ou com outra espécie de punição.

Apenas para as hipóteses em que não se comina reprimenda privativa de liberdade é que deve ser aplicada a sanção pecuniária, seja exclusivamente, seja cumulada à restritiva de direitos.

A edição da Lei 9.268/96, separando as competências e regras para cobrança da pena de multa das demais espécies de sanção penal, mostrou de vez que a cumulação com privação de liberdade desvia-se do próprio fim da pena, o que é inadmissível. Está evidente a violação ao espírito do próprio sistema repressivo vigente, que é finalista.

Urge repensar nas hipóteses de aplicação da multa em dois campos: o primeiro, estendendo sua aplicação exclusiva; o segundo, suprimindo a cumulação com pena privativa de liberdade.

9. A multa decorrente da transação penal – Lei 9.099/95 em confronto com a Lei 9.268/96

O art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei 9.268/96, deixa claro que, transitada em julgado a sentença penal *condenatória*, a multa será considerada dívida de valor em favor da Fazenda Pública.

É evidente, então, que no caso de transação a multa não pode ser considerada "dívida de valor", porque não decorreu de condenação. É sempre oportuno mencionar que o autor do fato nem sequer foi processado.

A multa consentida não pode ser equiparada à pena de multa decorrente de condenação, até mesmo para efeitos de cobrança.

A alteração do art. 51 do CP fez com que as conseqüências pelo não-pagamento da multa fruto de transação devam ser avaliadas.

Para a Lei 9.099/95, a sanção pecuniária consentida seria título executivo e poderia ser cobrada (art. 84), sem que isso representasse, segundo os doutrinadores que sobre o assunto escreveram, ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Diz-se que a execução civil da multa em nada afetaria direitos de quem consentiu no seu pagamento, pois tal pessoa teria sido assistida por advogado quando da audiência preliminar e, ainda, porque a multa não implicaria o reconhecimento de culpa.

Ressalta-se, também, o fato de ter a aludida transação penal o mesmo *status* constitucional que a garantia do devido processo legal e, assim, regimes diferentes inspirariam as Leis 9.099/95 e 9.268/96, sem choque ou confronto.

Focalizando a questão da transação penal apenas no que se refere à execução, a cobrança do acordo, todavia, não pode ocorrer segundo a Lei 6.830/80, no Juízo da Fazenda Pública.

Inadmissível também aplicar-se o art. 164 *et seq.* da Lei 7.210/84, que tratam da execução civil da pena pecuniária, revogados pela Lei 9.268/96, dado que a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, constitui dívida de valor.

Transação penal, frise-se, não é sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

A Lei 9.268/96 aponta, ainda, que a transação penal não é título hábil para gerar, por outro lado, conversão da multa em privativa de liberdade, ou em restritiva de direitos, dúvida que havia desde a edição da Lei 9.099/95, em razão de seu art. 85 (artigo que diz ser possível a conversão, "nos termos previstos em lei").

Ora, quanto à conversão em privação de liberdade, se nem mesmo a pena de multa imposta em sentença condenatória pode ser transformada em prisão pelo não-pagamento, seguramente não se há de sustentar que a multa consensual o possa.

Ademais, a Constituição garante que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, LIV).

A respeito da conversão em restritiva de direitos, cabe também lembrar que multa decorrente de sentença penal condenatória não pode ser convertida em tal modalidade de sanção. O mesmo fundamento subsiste para afastar-se a conversão do acordo.

Desta forma, sob pena de impor-se a quem não foi condenado conseqüência mais gravosa do que ao condenado, não se há de aceitar tais conversões, até porque a Lei Complementar a que se refere o art. 85 da Lei 9.099/95 não existe até o momento.

Não se pode esquecer, finalmente, que a execução civil promovida pela Fazenda Pública pode ser – e não raro é – bastante gravosa, pior até que sanções criminais restritivas de direitos, atingindo esferas da vida civil do cidadão, especialmente o carente, com força devastadora.

2 – DOUTRINA NACIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INQUÉRITO POLICIAL[1]

ANTONIO EVARISTO DE MORAIS FILHO

Em seus trinta e sete anos de existência, a Corte Européia dos Direitos do Homem vem se afirmando como um tribunal paradigma, a servir de espelho para todos os organismos que têm como meta a distribuição de justiça.

Em se analisando seus julgados, no campo criminal, verifica-se que a Corte tem revelado marcante preocupação em resguardar o respeito à garantia da eqüitatividade do processo penal, em cujo curso do qual se deve assegurar às partes a igualdade de armas.

Assim, por exemplo, no *Affaire Barberá, Messegué et Jabardo, contra a Espanha,* o tribunal internacional considerou ilegítima a condenação dos réus, acusados de atos de terrorismo, que tiveram como conseqüência a morte de um empresário catalão. A Corte entendeu que fora violado o art. 6.1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, em face de não haver sido garantido aos condenados um *procés équitable* (vide Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européenne de Droits de l'Homme*, 4.ª ed., 1994, p. 173-7).

No desdobramento das reflexões sobre os problemas relativos à igualdade de armas e ao processo eqüitativo, surgem como matéria de relevo as denominadas investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, correspondendo, no direito brasileiro, ao inquérito policial. Acerca do tema, um dos mais importantes aspectos relaciona-se com a questão da autoridade pública a que se deva incumbir de efetuar as investigações: se à Polícia Judiciária, ao Ministério Público ou ao Juiz de Instrução.

Com a progressiva prevalência, na Europa, do sistema acusatório, cada vez mais vai sendo postergada a figura do Juiz de Instrução. Nos dias de hoje, a dúvida se limita em escolher, entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, a quem se confiar o comando e a feitura direta das investigações preliminares.

Os excessos de exposição publicitária dos membros do Ministério Público italiano, que acabou por contaminar seus colegas franceses, teve, como um dos funestos resultados, o suicídio, em Paris, de um empresário injustamente indiciado e alvo de opressivo noticiário pela imprensa. Este episódio e outros análogos, de acusações estrepitosas e injustas desencadeadas pelo *parquet*, fizeram com que se fortalecesse o entendimento em favor da entrega das investigações preliminares às autoridades policiais, ainda que sob o controle, mais ou menos intenso, do Ministério Público.

Em contrapartida, a consciência jurídica mundial ficou traumatizada com o famoso "Processo dos Seis de Birmingham", que culminou com um brutal erro judiciário, decorrente da atuação da polícia inglesa que, através da tortura nos interrogatórios, obteve a confissão dos indiciados (irlandeses suspeitos de homicídios por atos terroristas), e que, por meio da

(1) Trecho da palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público da Bahia, em 29.11.1996.

fraude, apresentou um laudo pericial dando como positiva a presença de vestígios de explosivos, nas mãos dos réus.

No momento, esta matéria referente à atribuição para a condução do inquérito ganha extrema importância no Brasil, em razão das divergências surgidas na interpretação do art. 26, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), gerando questionamentos sobre a possibilidade de o Ministério Público promover, diretamente, a abertura de inquéritos de natureza criminal e, no curso dos mesmos, realizar as diligências que o art. 6.º do CPC incumbe às autoridades policiais.

Sobre esta matéria, seria de todo pertinente fazer-se, de início, uma rápida análise dos diversos sistemas adotados na Europa, para o que nos valeremos, basicamente, das obras *Procédures Pénales d'Europe* (coordenada por Delmas-Marty Mireille, 1995) e *Droit Pénal Comparé*, Pradel Jean, 1995).

Em quase todos os países, a persecução penal é precedida de uma fase preparatória destinada a apurar a existência do crime e identificar o seu autor.

No tocante à atribuição para conduzir estas investigações preliminares, há dois sistemas principais: o inglês, pelo qual a incumbência é da polícia; e o continental, onde, no dizer do novo Código de Processo Penal italiano, *il pubblico ministero dirige le indagini e dispone dirrettamente della polizia giudiziaria* (art. 327).

Na Inglaterra, o Ministério Público não pode proceder, diretamente, investigações. Lá prevalece o que Mireille Delmas-Marty denomina de duplo grau de apreciação das investigações preliminares, que são, inicialmente, valoradas pela polícia que as promoveu, e depois pelo Crown Prosecution Service. O direito inglês entende que a separação das funções de colher a prova, e de formar a *opinio delicti* sobre as mesmas, é mais consentânea com a garantia do processo eqüitativo (*proces équitable*), sendo que a partir do Prosecution of Offence Act, de 1985, foi considerado que as funções de investigar e de desencadear a ação penal são incompatíveis (*Procédure* ... cit., p. 418).

Em suma, na Inglaterra adota-se, desde a fase preparatória da persecução, o que Jean Pradel intitula de *séparatisme*, princípio pelo qual devem ser cometidas a órgãos ou agentes diferenciados as sucessivas funções no curso do procedimento penal. A acumulação de funções cria o risco da parcialidade, podendo um operador do direito (policial, membro do Ministério Público ou magistrado) adotar um ponto de vista, desde logo, no início das investigações, e mantê-lo ao longo do procedimento, ficando indiferente em face de qualquer outra alternativa probatória.

Este fenômeno foi muito bem estudado por Altavilla, em sua famosa "Psicologia Judiciária" (Porto, 1960, v. 5, p. 36-39), onde dedicou dois verbetes aos perigos das hipóteses provisórias, que podem "seduzir o investigador, de maneira a torná-lo daltônico na apreciação das conclusões de indagações ulteriores". Adverte o mestre italiano que, uma vez internalizada na mente do policial, do promotor ou do juiz, a procedência da hipótese provisória, cria-se em seu espírito a necessidade de demonstrar o que considera verdade, "à qual ele liga uma especial razão de orgulho", como se a eventual demonstração da improcedência de sua hipótese "constituísse uma razão de demérito". E assim, intoxicado por sua verdade, sobrevaloriza todos os elementos probatórios que lhe forem favoráveis e diminui "o valor dos contrários, até o ponto de não serem tomados em consideração num auto".

Exatamente para evitar estas distorções, que não raro conduzem à perpetra-

ção de erros judiciários, prevalece o separatismo das funções, princípio que foi consagrado pela Corte Européia, no julgamento do "Caso Pauwls c. Bélgica" (*Jurisprudence...* cit., Anexo E, p. 491).

Mesmo em se tratando de fase inicial da persecução, quando se decide sobre a abertura, ou não, do processo, à luz dos elementos coligidos nas investigações preliminares, parece necessária, desde aí, a separação de funções de modo que um órgão, diferente daquele que efetuou colheita da prova, tenha a incumbência de optar entre a instauração do processo e o arquivamento do inquérito. Não se deve esquecer de que, no estágio atual da nossa civilização, o simples sentar-se no banco dos réus já representa uma espécie de pena, considerando-se o processo penal, em si mesmo, uma *cérémonie de dégradation*, celebrada na *place de supplices*, que é o tribunal criminal. Assim não seria razoável que o mesmo órgão que conduziu as investigações preliminares tivesse, também, a atribuição de decidir sobre a submissão do indiciado aos percalços de uma ação penal, que sempre atinge o *status dignitatis* do cidadão. (MARQUES, Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 1961, vol. II, p. 167).

Paralelamente, na quase totalidade dos países continentais, prevalece um sistema diametralmente diverso do inglês, confiando-se ao Ministério Público a integral responsabilidade pela instauração e condução das investigações preliminares, figurando a polícia como órgão operacional e auxiliar.

Assinale-se que este sistema harmoniza-se com um das conclusões adotadas pela Associação Internacional de Direito Penal, num congresso reunido em Berna, no ano de 1988, quando se assentou que da qualidade dos trabalhos dos órgãos incumbidos das investigações iniciais, depende, em boa parte, a qualidade das subseqüentes fases do processo penal. Por isso, entre outras razões, a direção das *indagini preliminari* não deve ser entregue à polícia, eis que "a lógica da polícia é uma lógica de perseguição...: ela tem como missão encontrar culpados, e não inocentes" (SAURON, J. L. *apud Prócedure... cit.*, p. 419).

Há de ressalvar, porém, que o novo código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do *giudice per le indagini preliminari* (art. 328), incumbindo de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência preliminar (arts. 416 a 437), de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: *Quis custodiet ipsos Custodes*?

Por fim, ratificando a tendência do *séparatisme* destacada por Pradel, o diploma peninsular não permite ao juiz que prolatou decisão na fase da audiência preliminar prosseguir funcionando nas etapas ulteriores do processo (art. 342).

Entre os dois sistemas – o inglês e o continental –, o legislador brasileiro optou por aquele que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária.

Assinala o emérito Tourinho Filho, citando o saudoso mestre Frederico Marques, "que a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal", cabendo ao Ministério Público "ajuizar a ação

penal" (*Processo Penal*. 11.ª ed., 1989, v. 1, p. 167). Pondera, a seguir, que: "para o órgão do Ministério Público poder levar ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, apontando-lhe o autor é intuitivo tenha em mãos os elementos comprobatórios do fato e da respectiva autoria. E como consegui-los? Para isto o Estado criou outro órgão incumbido dessa missão. É a Polícia Judiciária, cuja finalidade é a de investigar (...). Feita essa investigação, as informações que a compõem são levadas ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal".

Em diversas passagens subseqüentes de sua obra, o celebrado processualista enfatiza ser da polícia judiciária a atribuição de desenvolver o primeiro momento da atividade repressiva do Estado, desempenhando "uma fase primária da administração penal" (p. 169), oportunidade em que realiza "uma série de diligências, tais como: (...) interrogatórios, depoimentos, acareações, reconhecimentos que, reduzidos a escrito ou datilografados, constituem os autos do inquérito policial", que são encaminhados a juízo, "a fim de que o Estado, por meio de outro órgão próprio, que é o Ministério Público, sobre eles se manifeste, ou iniciando a ação penal com o oferecimento da denúncia, ou requerendo o arquivamento etc." (p. 170-1).

Este critério de atribuir, na *persecutio criminis*, funções diferenciadas a dois órgãos distintos é o que melhor se coaduna com o sistema acusatório, que os estudiosos, de uma forma geral, consideram mais eficaz do que o sistema inquisitório, no tocante ao resguardo das garantias do cidadão em face do poder persecutório do Estado.

Em nossos dias, como se disse, pode-se constatar, através das decisões da Corte Européia dos Direitos do Homem, que há uma grande preocupação em se preservar o respeito ao *procès équitable e à egalité des armes*, garantias que ficam seriamente ameaçadas se for permitido a uma das partes – o Ministério Público – o exercício de múltiplas funções, como a de colher, diretamente e sem qualquer controle, as provas da fase preliminar e, depois, a de emitir a *opinio delicti*, desencadeando a ação penal, com fulcro nas provas por ela própria produzidas, ao seu talante. E o talvez mais grave, será a previsível formação de uma ulterior corrente jurisprudencial, reconhecendo como suficiente, para efeito condenatório, a prova colhida pelo Ministério Público na fase preliminar, em homenagem à credibilidade da fonte de que emanou.

Ademais, sob o aspecto institucional, esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da *persecutio* implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrastável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso, o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda colheita da prova dando-lhe, intencionalmente ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subseqüente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira, pediria o arquivamento das peças, arquivamento este que se tornaria obrigatório, mesmo com a eventual discordância do juiz, caso o Procurador-Geral ratificasse a *opinio* de seu subordinado (art. 28, CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento para o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que poderia ser facilmente contornado, diante da ausência, proposital, ou não, de elementos probatórios para o oferecimento da denúncia.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal haver adotado o sistema de

funções diversificadas, de uns tempos para cá, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público, tanto na área federal, quanto na estatal, tem pretendido instaurar verdadeiros inquéritos no campo penal, realizando diretamente as diligências que o art. 6.º do CPP atribui à autoridade policial. Para tanto, invoca o *parquet* o art. 26, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

Ora, evidentemente, o dispositivo invocado não autoriza o Ministério Público a exercer funções privativas da polícia judiciária.

Senão, vejamos.

A CF, no art. 129, III, arrola entre as "funções institucionais do Ministério Público", a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público etc." E no item VI do mesmo artigo faculta ao Ministério Público a expedição de "notificações nos procedimentos administrativos de sua competência" (grifo nosso). Já no item VIII, quando cuida da esfera penal, a Carta fala do poder de "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" (grifo nosso).

Por seu turno, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, cit.), ao regulamentar esta matéria, reitera, no art. 26, I, a faculdade de "instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes" (grifo nosso), admitindo que, "para instruí-los" (grifo nosso), se possa "expedir notificações para colher depoimentos, e em caso de não-comparecimento injustificado requisitar condução coercitiva etc." (art. 26, I, "a").

Assim, uma das funções do Ministério Público é promover o inquérito civil, que se destina a colher elementos que permitam instruir a ulterior ação civil pública, a qual tem por objeto a "proteção, prevenção e reparação de danos" causados a determinados bens e interesses (*v.g.*, meio ambiente, bens e direitos de valor artístico etc.), e também visa obter a anulação de atos lesivos ao patrimônio público (art. 25, IV, "a" e "b", Lei 8.625).

Somente em outro item, o de inc. IV, o art. 26 trata da matéria penal, e permite, como se acentuou, ao Ministério Público "requisitar à autoridade diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, e de inquérito policial-militar (...) podendo acompanhá-los". Também no direito anterior (Lei 40/81), a única hipótese em que era cometida ao Ministério Público a incumbência de promover, diretamente, os atos do inquérito, ocorria quando o Procurador-Geral avocava "excepcional e fundamentalmente, inquéritos policiais em andamento", onde não houvesse delegado de carreira (art. 7.º, VII).

O relevante é que, em face do texto constitucional vigente, e o da Lei Orgânica que o regulamentou, parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se permite que realize diretamente diligências, inclusive a colheita de depoimentos (item I e alíneas do art. 26, cit.); já em sede penal, matéria prevista em item diverso (IV) do mesmo art. 26, é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos, "podendo acompanhá-los". Aliás, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para "acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória"(art. 10, IX, *e*, da Lei 8.625, cit.).

Entretanto, apesar desta diferenciação fixada nos textos ora invocados, o Ministério Público, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, nas esferas federal e estadual, está querendo adquirir o vezo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e

tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1.º, IV e § 4.º).

Seria, sem dúvida, de extrema valia que o Ministério Público acompanhasse as diligências investigatórias e os inquéritos realizados pelas autoridades policiais, ainda mais porque isto traduziria, de alguma forma, o exercício do controle externo da atividade policial. Porém, a faculdade de o Ministério Público produzir, direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento de denúncia, ou para o pedido de arquivamento, implicaria risco para o princípio da paridade de armas, e conferiria a este verdadeiro quarto poder um arbítrio incontrastável no exercício, que lhe é privativo, da função de promover a ação penal.

O importante é que o sistema legal brasileiro vigente não autoriza o Ministério Público a promover as investigações preliminares, em substituição à polícia judiciária. Neste sentido, recentemente a 1.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em *habeas-corpus* relatado pelo Eminente JD. Subst. Silvio Teixeira, concedeu a ordem por unanimidade, tendo acórdão a seguinte ementa:

"Ementa: Processual Penal. *Habeas-Corpus*. Conhecimento. Investigações criminais. Atribuição da polícia judiciária. Atribuições do Ministério Público. O devido processo legal.

A ação de *habeas-corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validez do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito.

A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial-militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias".

Por fim, cumpre ressaltar que nada impede que se passe a adotar sistema semelhante ao dos países do continente europeu, transferindo-se para o Ministério Público, com todos os riscos que tal mudança possa desencadear, a atribuição de instaurar e comandar o inquérito preparatório da ação penal. Para tanto, basta operar-se as mudanças necessárias no texto constitucional e na legislação ordinária que, no momento, estão sendo desprezados com a realização de procedimentos investigatórios por parte do Ministério Público, nas órbitas federal e estadual, no Estado do Rio de Janeiro.

Nesta hipótese, entretanto, é de todo necessário que seja expressamente vedado ao juiz de mérito fundamentar a sentença condenatória nas provas colhidas pelo Ministério Público, na fase das investigações preliminares. À semelhança do que ocorre no Código de Processo Penal Militar, terá de haver dispositivos expressos proclamando que o inquérito "tem caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal" (art. 9, CPPM), e que "o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto de provas colhidas em juízo" (art. 297 CPPM, grifo nosso). Do contrário, estará violentada a garantia constitucional do devido processo legal, e seus corolários: a ampla defesa e o contraditório.

2 – DOUTRINA NACIONAL

A REPRESENTAÇÃO PENAL E OS CRIMES TRIBUTÁRIOS: REFLEXÃO SOBRE O ART. 83 DA LEI 9.430/96

DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO

1. É regra hermenêutica básica nos domínios do direito aquela segundo a qual não há, na lei, dispositivos inúteis, e nem seus termos e disposições não reúnem proveito normativo. A interpretação da norma sempre deve preferir a plena expressão disciplinadora da realidade jurídica e social, inserindo o texto legal de forma útil no sistema jurídico, ainda que a elaboração legislativa viciese de defeitos técnicos e traga aporias à estrutura normativa global. Como ensina REALE, "interpretar a lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos", devendo o intérprete "penetrar na *estrutura de suas significações particulares*".[1]

1.2 Sob essa ótica deve ser interpretado o art. 83 da Lei 9.430/96, que veio condicionar a ação penal à representação por crime fiscal, ao término do processo administrativo em que se discute a legitimidade do Auto de Infração.

2. O texto legal contém certa e evidentemente problemas, que, de forma sumária, poderiam ser assim enunciados:

1. estabelece condição de procedibilidade para a ação penal por crime fiscal, sem nada dispor sobre o inquérito policial;

2. silencia quanto à titularidade da manifestação de vontade do Estado no que respeita à ação penal, a trazer a grave questão da legitimidade de representação da parte ofendida;

3. não dispõe sobre causas suspensivas ou interruptivas da prescrição, a propiciar eventual impunidade pelo decurso de prazo, dado que, sabidamente, nas instâncias administrativas, prolongam-se nos anos o julgamento pelos órgãos competentes;

4. não dispõe sobre a relação de prejudicialidade entre a discussão do tema jurídico-tributário no âmbito da jurisdição civil e a ação penal concomitante ou concorrente;

5. não cuida expressamente da aplicação retroativa da representação.

2.1 No âmbito deste artigo, que visa a suscitar reflexão sobre a temática, não serão esgotados todos os argumentos nem lançadas referências bibliográficas extensas e exaustivas. Demoraremos um pouco no cuidado dessas imperfeições, mais intensamente a enunciada sob 1, de modo a extrair do texto legal as conseqüências mais ajustadas à *mens legis* e à *mens legislatoris*, na busca de um ponto ótimo de aproveitamento e encaixe sistemático do novo texto normativo.

3. Inicialmente a Lei 4.357/64 e depois a Lei 4.729/65, a definirem os crimes de sonegação fiscal, suscitaram longo debate sobre se a decisão final do

(1) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 285.

processo fiscal consistia condição de procedibilidade da ação penal[2], ou mesmo condição objetiva de punibilidade do ilícito penal, instituída que estaria a representação penal.[3]

3.1. Refere Heleno Cláudio Fragoso decisão do então Tribunal Federal de Recursos segundo a qual "à ação penal pelo crime de sonegação fiscal há que preceder a instauração do processo fiscal supedâneo da ação penal". (*DJ* 19.06.1972, p. 3932).[4] Segundo Fragoso, "o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos devidos, envolvendo necessariamente um ilícito fiscal. O ilícito penal constitui um *plus* em relação a este, mas não pode subsistir sem ele.[5]

A tendência do Supremo Tribunal Federal, todavia, foi pela absoluta independência entre a instância administrativa e a judicial, e autonomia entitativa de ilícitos. E nesse sentido, a Lei 4.729/65 não teria trazido "nenhuma alusão a tal procedimento administrativo como pressuposto ou condição do exercício da ação penal. Ao contrário, esta, sendo pública, pode ter início com a simples *notitia criminis*, segundo princípio elementar". (*RTJ* 57/167).

A esse propósito foi editada a Súmula 609 pelo STF, cujo teor dispõe: "É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal".

3.2 De fato, a Lei 4.729/65 não trazia nem expressa nem implicitamente qualquer condição para o exercício da ação penal, em cujo seio se apuraria a materialidade e a autoria do ilícito criminal. Se de um ponto de vista jurídico-penal é possível afirmar a existência em tese do ilícito a partir de Auto de Infração Fiscal, elemento comprobatório – ainda que provisório – da materialidade do fato típico,[6] também essa prova poderá ser plenamente feita no seio de inquérito policial, por intermédio de perícia contábil-fiscal.

3.3 Nessa perspectiva, a orientação esposada pelo STF teve plena razoabilidade jurídica. A argumentação de Fragoso de que o ilícito penal não subsiste sem a presença do ilícito tributário é por tudo correta, e não elide, a meu ver, a independência entre eventual processo-fiscal, em que se discute o referido débito, com o processo penal, no qual se apura a

(2) Ver, a respeito, PIMENTEL Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973, *passim*.

(3) A Lei 4.357/64 falava que a ação penal será iniciada por "representação da Procuradoria da República", com clara falta de técnica, pois sabidamente a pretensão (intenção) penal é deduzida por intermédio de denúncia, no caso a ser oferecida pelo próprio representante da procuradoria. Não fazia sentido, assim, a Procuradoria representar para ela mesma oferecer a acusação penal!

(4) *Jurisprudência criminal*. 3.ª ed., São Paulo: Bushatsky, v. 2, p. 799.

(5) *Op. et loc. cits.*

(6) O crédito-débito tributário, consoante o art. 142 do CTN, é constituído pelo *lançamento*, verificada a existência do fato gerador, determinada a matéria tributável, o valor do tributo e o sujeito passivo da obrigação tributária. Já se constituiu, ou melhor ainda, se provou inteira a infração tributária. Eventual impugnação administrativa ou judicial por si só não a descaracteriza. O ilícito tributário *a priori* é existente, estampando-se com o lançamento, em inteireza, a sonegação fiscal. Por isso, desde logo, em tese, há crime fiscal, estabelecido em extensão e conteúdo o ilícito típico. A futura discussão administrativa ou judicial da natureza do lançamento e sua impugnação, não desvestem o fato de seu caráter de crime em tese. Poderá em futuro influenciar o julgamento penal pela declaração administrativa ou mesmo judicial de inexistência de imposto devido. Esse tema, contudo, há de ser resolvido pelo instrumental processual relativo às questões prejudiciais.

responsabilidade criminal por sonegação fiscal. *Mutatis mutandis* é o que sucede com a apuração da responsabilidade criminal do funcionário público em delito praticado contra a administração (p.ex., corrupção passiva, concussão, excesso de exação), relativamente ao processo administrativo em que se argúi a responsabilidade funcional.

4. A recente Lei 9.430/96, contudo, em seu art. 83, dispôs que "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, de 27.12.1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente", a trazer expressa condição de procedibilidade. Se não pode haver representação é porque, a partir de agora, para os crimes definidos nos arts. 1.º. e 2.º da Lei 8.137/90 a ação penal fica condicionada à providência da parte ofendida na manifestação do desejo de processar o autor da suposta infração penal.

4.1 Outra não poderá ser a interpretação do referido texto legal. A lei fala em "representação fiscal para fins penais", numa clara alusão a que essa representação deverá ter repercussões no âmbito da ação penal. O termo utilizado pelo legislador ordinário é "representação", cujo conceito técnico-jurídico é preciso nos domínios do direito processual penal. Como é cediço, os termos técnicos da lei devem ser interpretados tecnicamente, pois, observou o ex-Ministro do STF Firmino Vaz, se há, na lei, "palavra de significação científica, não há porque, em substituição, empregar-se a estranha ao falar científico".[7]

Princípio fundamental de hermenêutica determina que as palavras ou termos da lei devem ser interpretados no seu sentido normal, usual, comum, ordinário ou popular salvo quando se utilizam termos técnicos, pois estes devem ter o sentido técnico. Essa a lição de CANOTILHO, ao aludir aos cânones de *constitucional construction* da jurisprudência norte-americana,[8] cânones que são também verificáveis nos países da *civil law*, como demonstra LARENZ, em Metodologia da Ciência do Direito. Afastada, portanto, a interpretação legal de ser "representação fiscal" mera comunicação, essa providência ganha encaixe científico adequado como a manifestação formal da vontade do Estado de ser punido o autor da infração criminal.

4.2 Considerar que a representação aludida no dispositivo significa tão-só mera comunicação ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá *sponte propria* iniciar o procedimento investigatório preliminar e apresentar subseqüente denúncia, é votar o dispositivo à ociosidade, tornando absolutamente supérflua a norma. É também instituir a lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de um ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a persecução penal![9]

(7) Incidência da regra jurídic. *Lex.* s.d., p. 26.

(8) *Direito Constitucional.* 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 220, nota 12.

(9) Aliás, o Min. Néri da Silveira, do STF, parece aderir a esse jogo, que será ridículo, de esconde-esconde. Na argüição de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, acerca do art. 83, disse tratar-se de norma de cunho simplesmente administrativo e, por isso, "não coarcta a ação do Ministério Público Federal", acrescentando: "De certo, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos

4.3 Não seria razoável, sob outro ângulo, pensar haver o legislador ele mesmo permitido a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficientemente para início da *persecutio criminis* !!! Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque com a comunicação ou sem ela, o titular da *persecutio criminis* poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa, ainda, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público. Com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se a acusação penal.

4.4 Não há, ainda, nenhuma inconstitucionalidade no art. 83. Não se instaurou com a legislação subserviência ou dependência entre os poderes Executivo e Judiciário, porquanto este continuará a exercer em toda latitude e longitude o Poder Jurisdicional, a definir em última instância – como sói acontecer – a realidade e a natureza jurídica dos fatos, atos e negócios, apenas se resguardando seu caráter inercial: *nemo iudex ex officio*. A ação penal nos crimes tributários será desenvolvida após a representação da parte ofendida.

Não se subtrai ao Ministério Público, igualmente, o constitucional múnus do exercício do direito de acusação penal. Continua ele a deter esse poder-dever, cabendo-lhe iniciar ou não a *persecutio criminis*. Como em outros ilícitos, porém, a ação penal está condicionada à manifestação de vontade da parte ofendida.

4.5 Se a lei institui a representação, é por não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E se assim é, evidentemente que a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão após a decisão administrativa. Somente dessa forma se tem uma compreensão estrutural da legislação relativa ao relacionamento Fisco-Contribuinte, realizando-se um trabalho "construtivo de natureza axiológica, não só por se captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque... a sistemática jurídica além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa".[10] Esse caminho hermenêutico, que a um só tempo prestigia a literalidade do dispositivo e a teleologia da norma, que colhe a intencionalidade do legislador e a finalidade da lei, põe-se na linha do que Recasens Siches denomina de "lógica do razoável e do humano", modelo exegético segundo ele conciliador e superador de todos os métodos de interpretação legislativa.[11]

4.6 Não se argumente, também, com a falta de clareza do texto legal, que não se valeria da consagrada fórmula "somente se procede mediante representação", colocada junto à norma incriminadora ou em seção em que ela inserida. Menos que a letra da lei, o esforço exegético busca compreender-lhe o sentido normativo último, compatibilizando a norma no contexto do ordenamento. Antes que de norma isolada, é do complexo normativo que se extrai o instituto jurídico. E, na legislação por mim cuidada, mesmo a norma isolada (art. 83) autoriza e abona a conclusão a que cheguei.

na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso". (ADIn 1.571-UF, despacho de indeferimento de liminar).

(10) *Lições, op. cit.*, p. 287.

(11) *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrua, 1970, p. 246.

Desse modo, o melhor e mais seguro caminho hermenêutico, que prestigia o texto normativo em sua virtude disciplinadora da realidade jurídica e social, conduz inafastavelmente a se concluir pela existência, agora, de expressa condição de procedibilidade, qual seja a necessidade de representação para os crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90.[12]

5. Trata-se, a representação, de condição de procedibilidade, *lato sensu*, mais particularmente uma condição da ação referida à possibilidade jurídica do pedido. A precisa natureza jurídica da representação é debatida na doutrina, trazendo Ada Pellegrini Grinover[13] e Jorge Alberto Romeiro[14] notícia de correntes que a compreendem como elemento do crime (Massari), como condição de punibilidade (Birkmeyer, Wach, Manzini), como uma particular condição de procedibilidade (Florian, Vannini, Battaglini),[15] como condição da ação expressa na ausência de legitimidade *ad causam* ativa (Frederico Marques), ou, na visão da professora titular de processo penal da USP, como condição da ação cifrada na possibilidade jurídica do pedido.[16-17]

(12) O STF, em despacho preliminar do Min. Néri da Silveira proferido em ADIn-UF 1.571, ainda sem refletir maduramente sobre o tema mas em juízo preliminar sobre cabimento de liminar, adiantou tratar-se de condição de procedibilidade. Não trouxe, contudo, qualquer fundamento jurídico consistente para a asserção.

(13) GRINOVER, Ada Pelegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

(14) ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 169 *et seq.*

(15) *As condições*, *op. cit.*, p. 172.

(16) *As condições*, *op. cit.*, p. 163 *et seq.*

(17) Para TUCCI trata-se, juntamente com a requisição ministerial, de "condição para o exercício da ação penal". *Jurisdição, ação e processo penal*. Belém: Cejup, 1984, p. 81.

5.1 A bem ver, não se cuida de condição de punibilidade,[18] por isso que pressupõe, a representação, a preexistên-

(18) Pelo texto se verá que entendo integrarem as condições objetivas de punibilidade o tipo de injusto culpável, numa concepção totalizadora do tipo penal, sem adoção, contudo, da teoria dos elementos negativos do tipo. Com efeito, os exemplos oferecidos de tais condições (*v.g.*, o casamento anterior no crime de bigamia; o decreto de falência nos delitos falimentares; o prejuízo no crime de abandono ou introdução de animais em propriedade alheia) constituem dados do fato típico, ainda que não necessitem de ser abarcados pelo dolo. Melhor seriam denominados "condições objetivas de integração do tipo penal". Aliás, Jiménez de Asua fala que a ausência de tais elementos destroem a própria tipicidade (*La ley e el delicto*, 1945, p. 423-424). De outro lado, os exemplos referentes à extraterritorialidade condicionada (art. 7.º, II, § 2.º, do CP) tanto quanto a ausência do pedido de extradição, salvo melhor juízo, dizem respeito à vigência e, portanto, ao âmbito de aplicação, e por isso de executoriedade ou obrigatoriedade da lei brasileira, segundo critérios definidores de nossa soberania (Cf. FARIA, Anacleto Oliveira. *Instituições de direito*. São Paulo: RT, 1980, p. 106). Não se cuida, a meu ver, de tema ligado simplesmente à punibilidade do fato ou meramente tangente à competência internacional (nesse sentido, MARQUES, Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 1, p. 214) , mas à incidência da norma penal em sua integralidade "fora dos limites do Estado" (BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, v. 1, p. 87), norma que ganhará plena executoriedade após satisfeitas referidas condições. A requisição Ministerial, no entanto, constitui verdadeira condição da ação referida à possibilidade jurídica do pedido em seu sentido negativo. Não se trata de hipótese de aplicação da lei no espaço, por isso que satisfeitas as condições previstas no art. 7.º, § 2.º, e § 3.º, letra "a", já existe a incidência da lei penal brasileira, com sua característica de

cia de um ilícito penal, íntegro em todos seus elementos,[19] argumento que vale para o posicionamento de Massari, que a tem por elemento do delito. Referida condição não se encontra na descrição do tipo-de-ilícito, não pertence à conduta ou à culpabilidade, nem se situa como dado exterior capaz de fazer nascer o delito. Não se pode pensar, igualmente, em mera condição específica de procedibilidade, pois, como demonstrou Ada Pellegrini Grinover, desde que se possa reconduzir a condição para o exercício da ação penal a uma condição da ação, já não será mera condição de procedibilidade. Por fim, não se cuida de condição da ação ligada à *legitimatio ad causam*, porquanto a titularidade da ação penal, nos crimes dependentes de representação, sempre será do Ministério Público, em nada afetando, a referida condição, esse particular.

5.2 Compreender a representação como condição da ação penal, expressa na possibilidade jurídica do pedido, conduz à conseqüência de não se poder, dada a vedação no ordenamento do provimento desejado,[20] instaurar inquérito policial para apuração do fato a respeito do qual impede o próprio sistema normativo apreciação jurisdicional. De outro lado, a máquina estatal não pode e nem deve ser movimentada inútil e levianamente. A esse respeito, há previsão de delito contra a administração da justiça na instauração de procedimento criminal, p.ex., em virtude de denunciação caluniosa ou comunicação falsa de crime ou contravenção, ou em decorrência de autoincriminação falsa, porque o Estado dispenderá esforço persecutório inútil, em dano à máquina judiciária. Tanto se dá, igualmente, no caso de instauração de procedimento investigatório em hipótese delituosa condicionada à representação: inútil esforço, caso a parte ofendida, por razões que demoram em seu exclusivo arbítrio, não ofereça a representação.

Daí o impedimento, no processo penal, de instauração de inquérito policial sem que haja, por parte do ofendido, a manifestação de vontade de ser processado o sujeito ativo do crime.

5.3 E não é outro critério, senão de política criminal, que orienta o legislador no estabelecimento dessas condições anteriores para o exercício da ação penal: numa hipótese, em forma de substituição processual (queixa-crime), atribui a legitimidade para o exercício da ação penal – sempre pública – ao particular. Em outras, submete tal exercício a algumas condições, já específicas para a ação penal (p.ex., entrada do agente em território nacional)[21], já genéricas, como a representação (possibilidade jurídica do pedido).

Condicionar a persecução penal por delito fiscal à decisão administrativa final no processo respectivo representa clara opção político-criminal, coordenada à pretensão de recebimento do tributo no âmbito administrativo e à economia processual: a lesão ao bem juridicamente tutelado (capacidade de arrecadação do Estado) é determinada definitivamente com a resolução final no processo administrativo da legitimidade do crédito tributário. E nesta, verificada a exigência tributária após criteriosa análise técnico-jurídica, fará útil e proveitosa a persecução penal.

plena executoriedade, apenas necessitando de aperfeiçoamento da referida condição da ação. O assunto, pela sua abordagem inédita, está a merecer trabalho específico.

(19) ROMEIRO, *op. cit., loc. cit.*

(20) *As condições, op. cit.*, p. 81.

(21) Diferentemente, GRINOVER, Ada Pellegrini. (*As condições, op. cit.*, p. 179 *et seq.*). Se bem vistas as coisas, essa condição, como anotado na nota 15, é matéria propriamente ligada à vigência da lei brasileira, tema relativo à soberania nacional.

5.4 Demais disso, persegue o condicionamento ao exercício da ação a finalidade do processo penal moderno, como instrumento eficaz e efetivo de satisfação da pretensão da parte ofendida – numa redescoberta da vítima –,[22] que, na hipótese, não se resume ou resolve na condenação criminal do devedor, mas no pagamento do imposto devido. Essa a razão por que, não obstante se permitir a discussão no âmbito administrativo – sem a espada da ação penal sobre o contribuinte – este último, convencido da legalidade e juridicidade do débito, poderá solver sua obrigação.[23]

A instituição de uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, ou seja, a excogitação de instrumentos de controle e restrição à persecução penal conecta-se intimamente com o princípio do processo devido, com a redução do âmbito politicamente aceito de compressão da liberdade individual. Como acentua Iñaki Leibar, com referido princípio "se trata de saber por um lado si será el órgano jurisdiccional o, por el contrario, serán la partes o sólamente alguna de ellas las encargadas de controlar que en el inicio del proceso se respete la exigencia técnica de plantearlo correctamente, es decir, con la concurrencia de unos determinados presupuestos procesales".[24]

6. Outra grave questão relaciona-se com a titularidade da representação. O Estado é legalmente representado pelos procuradores de Estados,[25] não podendo ser o agente fiscal de rendas senão o Governador ou Procurador de Estado, nas unidades da Federação, como titulares do poder de representar, os autores da representação.

6.1 Não deve induzir a erro, portanto, a legislação paulista, segundo a qual cumpria ao agente fiscal de rendas, após feitura do Auto de Infração "representar" ao Ministério Público por crime fiscal.[26] O termo "representação" utilizado nessa legislação bandeirante não seguia o rigor terminológico processual, mas significava sinonímia de "comunicação", até porque nenhuma referência é feita especificamente à instância penal. Aliás, defeso seria fazê-lo, porquanto não pode o Estado-membro legislar sobre direito processual, em particular editando normas de cunho processual-material. O que deveria fazer, então, o agente fiscal de rendas é meramente comunicar ao Ministério Público,[27] por

(22) Como acentua GOMES, Luiz Flávio. A Lei 9.099/95 "merece todos os nossos elogios no que concerne à sua preocupação de *redescobrir* a vítima" (*Suspensão condicional do processo penal*. São Paulo: RT, 1995, p. 109) revalorizando-lhe o papel no processo penal, velando seus interesses no seio da lide criminal. Essa nova posição de dignidade da vítima no processo criminal, pela presença de interesses diretamente a ela afetos, implica uma nova visão do processo e seus institutos.

(23) Ora, se já existente processo penal, eventual pagamento na esfera administrativa, sem nenhum reflexo na demanda penal, significará verdadeira confissão do ilícito. Nessas circunstâncias, pensa o contribuinte, melhor é não pagar o imposto, até porque a responsabilidade criminal é certa: será preferível uma condenação com o dinheiro em caixa, a sofrer a pena criminal sem tal valor. Infelizmente esse é, de ordinário, o raciocínio do autor do delito cuja meta, sabidamente, é a obtenção de proveito econômico.

(24) LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch, p. 37.

(25) Ver art. 99 da Const. SP e o art. 2.º, da LC Estadual 478/86.

(26) Ver art. 596, do Dec. 33.118/91, com a redação dada pelo inc. VII, do art. 2.º, do Dec. 35.982/92. Esse artigo fala de a representação ser feita pelo "Agente Fiscal de Rendas" ao Ministério Público para o início do "processo judicial".

(27) De se notar que nesse Decreto de São Paulo, no referido art. 596, vem feita entre parênteses referência ao art. 16 da Lei

isso que, como visto, não detinha legitimidade para formalizar a representação em seu sentido processual.

Quanto à União, sua representação judicial e extra-judicial pertence aos membros da Advocacia-Geral da União e aos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que detêm a titularidade do poder de representação. O texto constitucional é expresso e claro (art. 131 da CF), além de suficientemente explícita a legislação pertinente, em particular a Lei 9.028/95.[28]

6.2 Agora, a lei é clara ao reservar a providência criminal somente após o término do processo fiscal, a condicionar a ação penal à decisão final na esfera administrativa. No particular relativo à titularidade da representação, o silêncio da lei não pode subverter as normas legais a ela referentes no que toca aos órgãos da administração direta ou indireta, permitindo-se a qualquer funcionário público o exercício do direito de representação.

6.3 Sob outro aspecto, a omissão do legislador no que respeita à suspensão ou interrupção do lapso prescricional é imperdoável. A prescrição justifica-se principalmente pela inércia do titular do direito em seu exercício, consoante à conhecida fórmula: *dormientibus non sucurrit jus*. O lançamento tributário, a autuação e o subseqüente processo administrativo representam o manifesto interesse e a pronta agilização do Estado-credor de seu direito visando ao recebimento do crédito respectivo. De outro lado, é por simples imposição legal[29] que deve o Estado aguardar a discussão administrativa para fazer a inscrição na dívida ativa, e possibilitar a respectiva Certidão da Dívida Ativa, título executivo extrajudicial hábil à execução do devedor. Se

8.137/90, segundo o qual "qualquer pessoa poderá provocar iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta Lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção". Trata-se assim, a "representação" referida na lei estadual, de mera comunicação da existência do crime fiscal. Nada mais. Igualmente no âmbito federal. O Dec. 325/91 atribuiu aos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional a "representação" ao Superintendente da Receita Federal quanto a crimes contra a ordem tributária, atribuindo, por outro lado, de maneira genérica, aos demais servidores o dever de "representar" ao titular da unidade administrativa do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento crimes tributários de que tenha conhecimento no exercício da função. Trata-se, como visto, de mera comunicação.

(28) Na esfera federal, de outro lado, o direito de representação da Fazenda Nacional é atribuído ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e, por delegação, aos Procuradores da Fazenda Nacional nos Estados. A representação da União, segundo o texto constitucional é feita pela Advocacia-Geral da União, que compreende como órgão de administração superior, entre outros, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, esta última órgão de execução da Advocacia-Geral. Dispõe o art. 21 da Lei 9.028 incumbir aos titulares dos cargos de Advogado da União "a representação judicial desta...., respeitada a área de atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Especificamente no que respeita às infrações contra a ordem tributária, o art. 7.º do Dec. 1.745/95 estabeleceu a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para: IV – representar a União nas causas de natureza fiscal, assim entendidas as relativas a tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária". Não há, de conseguinte, nenhuma perplexidade ou dificuldade na determinação da titularidade do poder de representação, como manifestação de vontade do ofendido: será a Advocacia-Geral da União por seu representante, e/ou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sendo certo que esta integra a estrutura jurídica daquela.

(29) Lei 6.830/80, especialmente art. 2.º.

não vai o Estado diretamente ao Poder Judiciário, no âmbito civil, deduzir sua pretensão de recebimento, no aguardo do esgotamento da via administrativa, é porque a lei assim impõe. Igualmente, se não há imediata persecução penal mesmo com a prova da materialidade (Auto de Infração e Imposição de Multa) e da autoria, tal será por exigência da legislação de que venho cuidando.

Convenha-se: se há obstáculo legal à dedução da pretensão (intenção punitiva) ao Poder Jurisdicional, é muito injusta a fluição do prazo prescricional, cujo termo final representa para o mesmo Estado a perda do direito de ação no âmbito da jurisdição penal.

O acertado seria ter-se estabelecido a suspensão do prazo prescricional penal com a apresentação de defesa no âmbito administrativo, aguardando o processo-crime o resultado final da discussão naquela seara. Ou, ainda, que a decisão administrativa de primeiro e depois de segundo grau interrompessem a prescrição para efeitos penais.

Não resta à administração, por isso, senão propiciar meios para que o processo administrativo caminhe o quanto célere possível, sob pena de ver concluído o prazo prescricional, fulminada a pretensão punitiva em abstrato ou em concreto, neste último caso pela retroatividade do lapso prescricional, a teor do disposto no art. 110, e seus §§ do Código Penal.

7. Por fim, sob o aspecto processual, sempre caberá a discussão da prejudicialidade entre a demanda civil (p.ex., ação anulatória do débito fiscal, ou declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária) e aquela desenvolvida no âmbito penal. Essa questão prejudicial, após a edição da nova lei, tornou-se muito mais saliente pela aporia lógico-jurídica: se o mero procedimento administrativo impede a *persecutio criminis*, com muito maior soma de razão deveria impedi-la a ação judicial.

7.1 Provimentos jurisdicionais contraditórios poderá haver, caso se dê pela procedência da ação anulatória ou declaratória no cível, após decisão condenatória na jurisdição penal. Ou, ainda, a absolvição criminal, p.ex., pela inconstitucionalidade da exigência tributária, e a concomitante improcedência da demanda civil, com manutenção do lançamento tributário, por sua juridicidade.

7.2 Há questões a serem dirimidas no cível que se conectam intimamente com o *meritum causae* no âmbito penal, tocando a própria factualidade típica,[30] assim, p.ex., se no cível se está a discutir, em ação anulatória ou declaratória, a inconstitucionalidade do tributo, até mesmo em ação direta de inconstitucionalidade. Não há sonegação de imposto não devido, ou que padeça de vício essencial de inconstitucionalidade.

7.3 Nessa ordem de idéias, prudente seria o legislador dispor sobre a prejudicialidade, obrigatória, entre o processo penal e a demanda cível na qual se discuta a existência e legalidade do crédito-débito tributário, prevendo-se expressamente a suspensão do lapso prescricional, modificando a redação do art. 92, para nele incluir, além do estado civil da pessoa, a discussão sobre a procedência da exigência tributária.[31]

Dessa forma haveria completa harmonia entre a instância administrativa e a judicial e, nesta, entre a demanda cível e penal.

(30) P. a discussão sobre estado civil relativamente ao crime de bigamia.

(31) Essa solução foi pioneiramente sugerida por Eduardo Reale Ferrari, ao propor a criação de uma questão prejudicial heterogênea. Vide *Boletim do IBCCrim* n. 50, p. 6. A lei, contudo, não instituiu essa prejudicialidade obrigatória, nem previu causa de suspensão ou interrupção da prescrição, permanecendo tal qual o art. 92 do CPP.

8. Outro tema que merece cuidado diz respeito à retroatividade da lei que institui a representação em seu reflexo sobre os inquéritos policiais já instaurados e sobre as ações penais em curso.

8.1 Em artigo inserido no *Boletim IBCCrim*, 51, ano 5, Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara sustentaram a retroatividade plena, devendo os inquéritos policiais ser sobrestados no aguardo da representação e as ações penais imediatamente trancadas mediante *habeas-corpus*, porquanto faltaria "condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

O tema é assaz complexo. Frederico Marques[32] inicialmente sustentou o caráter eminentemente processual das normas relativas às condições de ação e de procedibilidade. Não importaria, segundo ele, a modificação da titularidade da ação penal, se antes ou durante a persecução penal: alterada *antes* de iniciada a *persecutio*, evidentemente a ação deve ser promovida por quem a detenha, pela lei vigente ao tempo da denúncia (*tempus regit actum*); alterada a titularidade *durante* a ação penal, basta à parte, cuja nova titularidade foi definida, assumir as funções acusatórias. No que toca à representação, a solução é mais simplista: se vier a ser exigida a representação e ainda não houve ação penal, ela é imprescindível; se, contudo, já houver ação penal e a nova lei exigir ou suprimir a representação, nenhum reflexo projeta sobre a ação em curso.

8.3 Mantendo esse posicionamento no que concerne à requisição ministerial e algumas outras condições de procedibilidade, reformulou, contudo, Frederico Marques seu pensamento com relação à titularidade da ação penal e à representação, para ver em algumas hipóteses a extraatividade da lei anterior ou da *novatio legis:* se a norma referente ao *jus querellandi* tornar de iniciativa pública crime até então de iniciativa privada, não haveria aplicação da lei nova mas ultraatividade da lei antiga, pois a *lex* nova estaria a expandir o *jus puniendi,* o que é vedado pelas regras de direito intertemporal. Se ao contrário, a solução da lei nova for transformar em privada a iniciativa de ação penal até então pública, a incidência da lei nova, *lex mitior,* é imediata e alcança o fato passado, já que se restringe o âmbito do *jus puniendi* estatal. Neste caso, o particular assume a função acusatória.

8.4 Na *praxis* assim se resolveria o problema no âmbito da ação penal de iniciativa pública: a acusação penal sempre seria dedutível mediante queixa-crime se ao tempo do crime, ou ao tempo da ação penal determinar-se a persecução penal mediante iniciativa da parte ofendida (isto é assim em virtude de que a dificultação da ação penal resulta numa ampliação da esfera de liberdade do acusado). Se já em curso o processo, deverá o acusador particular assumir a titularidade da ação penal, até então de iniciativa pública, pena de decadência ou perempção. Se, ao contrário, de iniciativa privada transformar-se em pública, o Ministério Público assume as funções acusatórias. Não seria caso, contudo, em nenhuma hipótese, de extinção da punibilidade.

Com referência à exigência de representação pela *lex posterior,* Frederico Marques entende que, existente o inquérito policial, há necessidade de representação, sem o que o procedimento investigatório não pode prosseguir e o Ministério Público oferecer a acusação; se, porém, já houver ação penal, instaurando-se a instância, não há aplicação retroativa, prosseguindo-se a ação penal em todos os seus termos sob a acusação oficial do Ministério Público, sem qualquer outra formalidade.

(32) MARQUES, Frederico. *Curso de direito penal.* São Paulo : Saraiva, 1954, v. 1, p. 194.

8.5 Essa inteligência de Frederico Marques segue o disposto no art. 20 da Lei de Introdução ao Código Penal, segundo o qual modificada a iniciativa da ação penal, de privada para pública, tal modificação não repercutiria sobre os fatos praticados *antes* do advento da Lei (01.01.1942). De tal sorte que, se o delito era de persecução privada, continuaria a sê-lo mesmo após o início de vigência da Lei. Ao contrário, se primitivamente de iniciativa pública a ação penal, vindo o Código a torná-la de iniciativa privada, somente mediante providência da parte ofendida haveria a persecução penal. Do que se conclui que a norma de cunho processual-material relativa à persecução penal que amplia o direito de liberdade é extra-ativa, enquanto aquela que o comprime, não.

No que respeita à representação, determinou o art. 21 da Lei de Introdução ao Código Penal que para os fatos praticados *antes* da vigência da Lei (01.01.1942), cuja persecução penal era pública incondicionada, se ainda não submetida a controvérsia ao Poder Judiciário, somente mediante representação (recém- criada) é que poderia ser deduzida a pretensão ou intenção punitiva estatal. Se, no entanto, já existente acusação formal deduzida, mesmo que exigida agora a representação, ou abolida tal condição, a ação continuaria regularmente em seus termos.

8.6 O pensamento de Frederico Marques segue coerência lógico-científica. A compreensão de ser a representação tanto quanto à titularidade da ação penal, condição da ação referida à *legitimatio ad causam* conduz inexoravelmente à conclusão da irrelevância, no âmbito material, desse tema. Se a queixa simplesmente diz com a titularidade da ação penal, havendo norma definidora da iniciativa privada de crime até então perseguido mediante ação pública, depois de iniciada a ação penal, bastará a parte legítima assumir a acusação no processo, como acontece, *v.g.*, com a morte do querelante.

Diferente será a conclusão se compreendida a representação como possibilidade jurídica do pedido em seu sentido negativo. A existência no ordenamento jurídico de impedimento ao provimento jurisdicional transfere o tema do setor relacionado com a titularidade da ação penal e com a representação, para outro mais sensível ligado à esfera da liberdade individual.

8.7 É da política criminal moderna o respeito escrupuloso às margens de liberdade como expressão de cidadania. Sinal eloqüente dessa política transformada em *praxis*, particularmente no tema relacionado com a representação penal, no-lo oferece a atual orientação da jurisprudência formada à luz da Lei 9.099/95. Defrontando com problema da representação da parte ofendida erigida à condição de persecução dos crimes de lesão corporal culposa, entenderam os Tribunais que mesmo para os processos em curso deveria ser respeitada a exigência de representação, dependendo dela a continuidade da *persecutio criminis*, ainda que em fase recursal o procedimento.

A política punitiva adotada pelos tribunais foi, destarte, de intransigente respeito à esfera da liberdade individual, encarecida em face da nova lei, suscitando respeito aos valores absolutos da autodeterminação da pessoa e da expansão de sua personalidade, e os atributos da cidadania. Limitou-se a intervenção estatal, conferindo nítido caráter democrático ao Estado brasileiro.

Não poderá ser diferente agora com o surgimento da legislação de que venho cuidando. Essa mesma orientação há de ser seguida pela doutrina e prestigiada pela jurisprudência por suas firmes raízes dogmáticas e por suas virtudes políticas.

9. Outra relevante razão ainda de ordem jurídico-política, para se concluir depender a persecução penal da representação da autoridade competente, após o encerramento de eventual processo administrativo, está na possibilidade de se instaurar uma verdadeira extorsão pelo Estado: ou paga o tributo cobrado (exigência ilegal) ou então será processado criminalmente (grave ameaça).

9.1 A possibilidade de pagamento do imposto devido como forma de extinção da punibilidade (art. 34, da Lei 9.249/95) suscita duas questões graves e sérias: incorreto juridicamente pagar o contribuinte o imposto, se ainda não definida no campo administrativo a perfeita juridicidade do crédito tributário; ou, se definida tal juridicidade, incorreto juridicamente pagar se o *quantum debeatur* não é procedente – nos termos em que lançado – p.ex., pela erronia manifesta do Auto de Infração, que alavanca o crédito/débito tributário indevidamente às alturas, inviabilizando-lhe o pagamento.

A resposta a essas duas inquietações jurídicas é a mais relevante porque o pagamento do imposto, nessa condição de constrangimento (ou há pagamento ou há inquérito e processo-crime), constituirá um inadmissível enriquecimento sem causa do Estado. Enriquecimento decorrente da exigência da prática de um ato (pagamento), de que resultará indevida vantagem econômica, mediante constrangimento. É impensável uma conduta do Estado de forçar o pagamento de imposto em si mesmo indevido ou de valor indevido para obtenção de vantagem. Tal seria flagelo à dignidade do administrado, um atentado a direitos de cidadania, uma ofensa ao ordenamento jurídico.

9.2 A exata compreensão do disposto no art. 34, da Lei 9.249/95 (extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia), deve ser alcançada, portanto, à luz do estatuído no art. 83 da Lei 9.430/96, e vice-versa. A instituição da causa de extinção da punibilidade pressupõe lógica e juridicamente a existência de um ilícito anterior, perfeito em sua entidade típica, completo quanto a seus elementos integradores. Dar a lei com uma mão a extinção da punibilidade pelo pagamento do imposto, ao tempo em que com a outra constrange ao pagamento de tributo não devido, é algo impensável no contexto de um Estado democrático de direito, observador escrupuloso da dignidade da pessoa humana.

Assim, estatuída a possibilidade de pagamento do tributo, somente a decisão administrativa dissipará eventual dúvida quanto à certeza do crédito/débito tributário, tornando juridicamente possível a quitação do imposto. Por isso dispôs o art. 83 da Lei 9.430/96, dever a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público ser feita somente após o término do processo no âmbito administrativo, quando então "proferida a decisão final sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

10. Em conclusão, a representação recém-criada vincula a instauração de novos inquéritos policiais e aqueles já em curso: quanto aos novos, não poderão iniciar-se sem a representação, e quanto aos já em curso, não poderão prosseguir, devendo ser notificada a parte ofendida a fim de apresentar ou não a representação, sempre no pressuposto de já ter terminado o processo administrativo.

No que toca às ações penais em trâmite, somente poderão prosseguir caso a parte ofendida, regularmente notificada, ofereça representação, desenvolvendo-se o processo a partir do estágio procedimental em que realizado tal ato.[33] Haven-

(33) Nesta hipótese pressupõe-se, igualmente, o término da discussão quanto à legitimidade do crédito/débito no âmbito administrativo. Ainda que não houvesse distinção de atri-

do manifestação de vontade (expressa ou tácita) da Fazenda Pública, por intermédio da Procuradoria, de não representar, por decurso do prazo decadencial é de se julgar extinta a punibilidade.

11. O exercício do direito de representação, todavia, somente poderá ser exercido após o término, como comanda a lei, do processo administrativo que tenha por objeto a discussão da legitimidade do crédito/débito tributário. Discussão outra relativa simplesmente ao *quantum debeatur* não obstará a formulação da representação, desde que não se esteja a apontar um erro tamanho do Auto de Infração que inviabilize ao contribuinte o pagamento do tributo como forma extintiva da punibilidade.

12. De qualquer sorte, aplauda-se o legislador pela revitalização de um processo penal moderno como meio oblíquo de redução do âmbito punitivo do Estado, em compatibilidade com um direito penal dedicado à exclusiva proteção de bens jurídicos, e que se afeiçoa com o caráter intervencionista mínimo que deve caracterizar esse instrumento de controle social.

buições (Advocacia ou Procuradoria-Geral *versus* Ministério Público Federal) o fato de coagular-se num mesmo órgão (Procuradoria da República) as funções de representar em face da ocorrência de crime contra a ordem tributária e de oferecer denúncia criminal subseqüente nenhuma perplexidade geraria. Na específica condição de a infração referente a tributos federais ocorrer nos Estados, bastará à Procuradoria da República (na condição de Ministério Público), com poder de promover a ação penal pública, e contemporaneamente Procuradoria da União (seu representante) – oferecer a acusação penal, tomando-se a iniciativa da ação como manifestação de vontade de ver o autor do crime processado. Essa especial condição, todavia, não mudará, em nada – por uma particularidade da representação da vítima –, a natureza do instituto. Do contrário será interpretar a norma geral em vista da particularidade concreta do crime: ser perpetrado contra a União, em território dos Estados!

2 – DOUTRINA NACIONAL

O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA

FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ

Nei governi dispotici gli uomini comandano;
nei governi moderati comandano le leggi.
Gaetano Filangieri

Sumário: 1. Introdução – 2. Júri: características básicas, origem e razão de ser – 3. Qual Justiça Penal? – 4. Motivação das decisões, soberania dos veredictos e sigilo das votações – 5. Devido processo legal como limite à atuação jurisdicional – 6. Motivação: brevíssimo apanhado histórico – 7. Motivação: perfis ideológicos e finalidades – 8. Motivação, Estado de Direito e atividade jurisdicional – 9. Motivação: conteúdo mínimo indispensável – 10. O conteúdo inadequado da motivação como fator de arbitrariedade da jurisdição leiga – 11. Júri e Constituição: necessidade de adequação; conclusões – 12. Bibliografia.

1. Introdução

O tema assinalado em epígrafe versa sobre a compatibilidade entre as decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri brasileiro e o princípio constitucional, agora expresso, que impõe a todo o Poder Judiciário, o dever absoluto de motivar *todas* as suas decisões, sob pena de *nulidade* (art. 93, IX, da CF).

Trata-se da questão da receptibilidade pela Constituição Federal da norma do art. 493, do CPP, que dispõe: *"A sentença será fundamentada, salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos, e lida pelo juiz, de público, antes de encerrada a sessão do julgamento."*

O problema tem, no entanto, como pano de fundo, polêmica muito mais cara e profunda, consistente na compatibilidade, ou melhor, na possibilidade de convivência harmônica da estrutura atual do nosso Tribunal do Júri com o sistema do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF); sistema que encerra valor fundamental ao nosso ordenamento jurídico, condicionante da validade e da legitimidade dos sistemas processuais civil, trabalhista, militar, eleitoral e, sobretudo, penal, sendo este último, síntese da tensão máxima da convivência das liberdades individuais.[1]

2. Júri: características básicas, origem e razão de ser

Caracterizado, em sua essência, pela colegialidade heterogênea e pela distribuição funcional da competência entre juízes leigos, componentes do Conselho de Sentença, e juiz togado, àqueles incumbindo a tarefa de decidir da infração

(1) Ver, neste particular, ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri. *Revista USP*. São Paulo: 21, p. 139. mar./maio 1994.

penal e da autoria, ao passo que a este, a função de dizer sobre a aplicação da pena,[2] não existe, entre os estudiosos da matéria, um consenso sobre as origens do Tribunal do Júri, se romana, medieval ou inglesa.

Controvérsias à parte, o certo é que, como já salientava Frederico Marques,[3] o Tribunal entre nós conhecido, integrante do nosso ordenamento jurídico positivo, tal como estruturado e organizado, deita raízes no direito britânico, que, *e.g.*, também o insere dentre os direitos fundamentais do ser humano.[4]

O Júri, cuja premissa básica reside na ampliação do acesso e da participação popular na Administração da Justiça, encontra fundamento político na luta encabeçada em especial pelos revolucionários franceses, que o importaram do direito inglês, pela democratização do então vigorante sistema jurídico de solução de conflitos,[5] cujos pressupostos de poder e de legitimação do poder eram sistematicamente questionados e revisados pela postura ideológica do sistema que emergia,[6] em oposição à vinculada magistratura do *ancien régime*, característica de tempos absolutistas.

Daí o motivo (histórico, político e social) para considerá-lo, como hoje ainda se faz, como órgão de seguridade e de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo (art. 5.º, XXXVIII, da CF).

Entretanto, com a outorga à magistratura profissional de determinadas garantias que lhe asseguraram a independência funcional frente ao Executivo e ao Legislativo, tornou-se mitigado, senão anulado, o fundamento político sobre o qual se sustentava o Tribunal do Júri como fortaleza inexpugnável da democracia, levando adeptos e simpatizantes, na tentativa de outorgar-lhe nova razão de ser, a deslocar a tônica da discussão para o plano técnico, sustentando "que os jurados atendem melhor aos ditames da individualização da pena e da eqüidade, que o magistrado profissional".[7]

3. Qual Justiça Penal?[8]

Abstração feita da polêmica em torno da conveniência em se manter ou em se extinguir o Tribunal do Júri, o fato é que para nós (brasileiros) ele foi conservado e, seguindo tradição que é Constitucional, o foi no art. 5.º, inc. XXXVIII da CF de 1988, como direito fundamental do homem, dentre, portanto, o rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, IV, da CF)); Constituição que não só o reconheceu, mas que também forneceu ao legislador infraconstitucional os paradigmas para a sua organização (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para os crimes dolosos contra a vida).

Esse, portanto, o quadro com o qual temos que conviver, de forma que o centro de nossas preocupações, sob pena de se produzir discurso destituído de utilidade prática, deve se voltar não para

(2) MARQUES, Frederico. *O Júri no direito brasileiro*. 2.ª ed. São Paulo : Saraiva, 1955. p. 64-7.

(3) MARQUES, *op. cit.*, p. 64-5: "Foi o júri inglês que serviu de modelo aos revolucionários franceses, expandindo-se, a seguir, da França aos países ocidentais".

(4) RAMOS, João Gualberto Garcez. O Júri como instrumento de efetividade da reforma penal. *RT* 699/283.

(5) MARQUES, *op. cit.*, p. 45 *et seq.*

(6) TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: Grinover, Dinamarco e Watanabe (org.). *Participação e Processo*. São Paulo : RT, p. 41-2.

(7) *Op. cit.*, p. 45.

(8) A expressão é de Fauzi Hassan Choukr, inicialmente utilizada em artigo com título Homônimo, publicado no *Bol.IBCCrim*, n. 35, nov. 1995, p. 15.

a questão existencial, mas para a funcional do Tribunal do Júri, a fim de se buscar soluções aptas a conferir-lhe a eficácia adequada a proporcionar à jurisdição a obtenção dos resultados desejados no plano das relações sociais.

Problema que nos é trazido à reflexão, portanto, pode ser sintetizado na seguinte indagação de Choukr:[9] *"Qual Justiça Penal?"*

Seria um sistema (acertadamente - para já adiantar a minha posição) atrelado ao devido processo legal, revestido, pois, da maior roupagem técnica possível, a garantir, de um lado, o respeito, por parte do Estado, dos limites constitucionais que lhe são impostos em suas relações com os indivíduos e com a sociedade, e de outro, a subsistência da ordem social, abalada pelo crime; ou um sistema jungido a uma concepção que bem poderíamos designar por *Justiça Social*, desempenhada por leigos e fundada em concepções exclusivamente pessoais e arbitrárias, segundo o qual ficariam relegados ao plano da aplicação quando muito subsidiária, os ordenamentos penais materiais, constitucional e infraconstitucional, fato que se tornaria especialmente grave em se tratando de Direito Penal, informado que é pelo princípio político da reserva legal e seus desdobramentos (art. 5.º, XXXIX, da CF; art. 1.º).[10]

Neste contexto, assume especial relevo para uma tomada de posição consciente, *o conteúdo da motivação das decisões dos jurados*, restrita hoje, tanto em relação às questões de fato, quanto no concernente às de direito, ao nada, posto que inexistente. Aos jurados se impõe, apenas, a enunciação da decisão (i.e., sim ou não ao quesito formulado), certamente inconfundível com a sua motivação.

4. Motivação das decisões, soberania dos veredictos e sigilo das votações

Inovando no direito positivo e declarando princípio vigorante já no âmbito do direito pressuposto,[11] emanado da cultura jurídica das sociedades edificadas sobre os postulados do Estado de Direito, a Constituição da República de 1988, ao contrário da sua antecessora, a de 1967, alterada pela EC 01/69, consagrou, às expressas, no art. 93, inc. IX, a obrigatoriedade de o Poder Judiciário motivar todos os pronunciamentos jurisdicionais de cunho decisório, sob pena de serem declarados nulos.[12]

Saliente-se, desde logo, a fim de se evitar indesejáveis equívocos, que preconizar a imposição aos jurados do dever de motivar as suas decisões, em momento algum implica a diminuição da soberania dos veredictos, nem tampouco torna público o conteúdo do voto dos juízes leigos, paradigmas constitucionais na organização do Júri, e que, portanto, devem nos pautar na busca de quaisquer soluções.

Lembre-se, em primeiro lugar, que a soberania dos veredictos prolatados pelo Conselho de Sentença não é rigorosamente absoluta, já que outro Conselho de

(9) CHOUKR, Fauzi Hassan. *Qual Justiça Penal?*

(10) Sobre o princípio da reserva legal e seus desdobramentos, confira-se, em rica síntese, Alberto Silva Franco et alii, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1995, p. 21-44.

(11) Sobre a dicotomia entre Direito posto e direito pressuposto, ver interessante estudo perfilhado por Eros Roberto Grau, texto tal.

(12) Art. 93, IX, da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes."

Sentença pode substituir a decisão precedente nos casos de protesto por novo Júri e de apelação com fulcro no art. 593, III, *d*, e seu § 3.º, do CPP.

Por outro lado, deve-se ter em mente que soberania dos veredictos possui um significado técnico bem definido pela doutrina, que a insere na temática da competência funcional dos órgãos jurisdicionais, e não na da motivação das decisões; significação que é extraída pelo método sistemático de interpretação,[13] e que, em meu entender, coloca a questão no seu devido lugar. Melhor a transcrição da lição de Frederico Marques.[14]

Soberania dos veredictos é uma expressão técnico-jurídica que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal, e não de acordo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionários.

Se soberania do Júri, no entender da *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir ao Júri na decisão de uma causa por ele proferida, – soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados, ser substituída por outra sentença sem esta base.

Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva.

O problema se situa, assim, no campo da competência funcional. Sobre a existência de crime e responsabilidade do réu, só o Júri pode pronunciar-se, o que faz através de veredictos soberanos. Sobre a aplicação da pena, decide, não soberanamente, o juiz que preside ao Júri. Aos tribunais superiores, o objeto do juízo, na sua competência funcional, se restringe à apreciação sobre a regularidade do veredicto, sem o substituir, mas pronunciando ou não pronunciando o *sententia rescindenda sit.* (grifei)

Da mesma forma, ao sigilo do *conteúdo* do voto dos jurados (art. 5.º, XXXVIII, *b*, da CF), nenhuma ofensa causaria a obrigatoriedade de motivar as decisões, posto que isso não faz supor a necessidade de identificar os jurados que votaram de tal ou qual maneira, preservando o princípio constitucional.

Problema surgiria, é verdade, na hipótese de votação unânime. Todavia, isso já ocorre no sistema vigente, o que nos leva a concluir que o sigilo das votações resta violado não em razão da motivação, mas em virtude da simples divulgação do *resultado* das votações.[15]

Aplicável, portanto, expediente preconizado pela doutrina para o atual sistema: não divulgação dos votos restantes quando houver quatro no mesmo sentido.[16]

5. Devido processo legal como limite à atuação jurisdicional

Feitas as necessárias advertências, sigamos em frente.

Reconhecida e aceita a relação de instrumentalidade entre o direito processual e o direito material, segundo a qual a importância daquele se afere pela utilidade à efetividade deste, seu objeto, torna-se perfeitamente rigorosa a assertiva efetuada por Ferrajoli de que as garantias consubstanciadas nas normas penais restariam inexpressivas se a elas não concorressem as garantias processuais, ditas, por

(13) MARQUES, *op. cit.*, p. 69.

(14) *Op. cit.*, p. 73.

(15) Desnecessário, por certo, advertir que não se pode confundir a motivação com o ato que deve ser motivado.

(16) TJADER, Ricardo Luiz da Costa. O Júri segundo as normas da Constituição Federal de 1988. *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul n. 20*, jul. 1993, p. 256-7.

isso, instrumentais.[17] De fato, de pouca valia seria o princípio que vincula à prática de uma conduta proibida, minudentemente descrita como tal à época da sua realização, uma sanção, já prevista em lei, se tal fato da vida pudesse ser apreciado e decidido mediante um sistema processual que não possuísse meios de compelir o julgador a se ater à estrita legalidade. À conclusão semelhante, embora voltada ao processo civil, já havia chegado Botelho de Mesquita,[18] ao escrever que:

"A ordem nas relações existentes entre os sujeitos de direito, prescrita nas normas jurídicas, é uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida em que existam meios de torná-la uma realidade concreta. A existência desses meios constitui, sem dúvida, um pressuposto da própria ordem...."

E, de todas as garantias processuais, ensina Ferrajoli,[19] a principal, da qual todas as demais dependem, a qual todas as outras pressupõem, é a contida no princípio da jurisdicionalidade, segundo o qual a tarefa de conferir concreção à lei penal constitui exclusiva atribuição dos órgãos públicos investidos de jurisdição. Vedase, pois, como técnica de tutela da liberdade individual através da efetividade das garantias de direito material, a aplicação do Direito Penal por meio da justiça privada ou mediante atividade legislativa ou administrativa, seja esta desempenhada por órgãos do Executivo, Legislativo ou mesmo do Poder Judiciário.

Esta jurisdicionalidade, necessária, obrigatória em matéria criminal, entendida como garantia instrumental às garantias penais, pode ser enfocada sob dois aspectos, sendo que a opção por um ou por outro responde, na evolução histórica do Processo Penal, pela adoção de modelos radicalmente opostos de persecução penal: (i) em sentido amplo e (ii) em sentido estrito.

(i) Em sentido amplo, essa jurisdicionalidade já se verificava na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, a qual, dentre outras garantias fundamentais, como consagração do *habeas corpus* e da presunção de inocência, explicitava o caráter necessário da jurisdição penal. Segundo este princípio, um fato só poderia ser reputado crime e um indivíduo tomado como o seu autor, mediante um pronunciamento jurisdicional.[20] Em outras palavras, somente um ato jurisdicional poderia definir uma relação jurídica de Direito Penal.

Em termos de método de pesquisa da realidade, o princípio da jurisdicionalidade em sentido amplo manifesta-se no *modelo inquisitivo* de persecução penal, historicamente vinculado à prevalência do interesse na segurança social sobre o interesse na tutela da liberdade do indivíduo submetido ao processo.

Este sistema, ao reunir em uma pessoa as funções de julgar, acusar e defender, amplia sobremaneira os poderes do julgador, confiando a obtenção da verdade à sua atuação, a ponto de estabelecer uma relação vertical entre inquisidor e inquirido.

Não se exige, neste particular, que a atividade jurisdicional seja desenvolvida mediante um processo marcado pela presença das demais garantias processuais. Prima-se apenas pela decisão da causa, que deve ser proferida por um juiz, independentemente da maneira como se desenvolva o juízo. Daí chamar-se tal modelo de *decisionista*.[21]

(17) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. esp. de Perfecto Ibañez et al. Madrid : Trotta, 1995. p. 537.

(18) MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Jurisdição e ação. In: *Da ação civil*. São Paulo: 1973, p. 89.

(19) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 538.

(20) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 538-9.

(21) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 540.

O mérito da *reserva da jurisdição em matéria penal*, sob essa perspectiva, reside na vedação da autotutela, a impedir a imposição de penas privadas, ou então, a prevenir que o Estado-Administração, como parte na relação jurídica material,[22] auto-execute a sanção, prescindindo do pronunciamento de um órgão estranho ao conflito de interesses, sistema que *"não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido."*[23]

(ii) Neste segundo aspecto, qual seja, da jurisdicionalidade em sentido estrito, a atividade jurisdicional caracteriza-se pelo concurso de princípios processuais voltados à garantia do indivíduo e ao acautelamento da correta atuação jurisdicional, tais como separação orgânica das funções de julgar, defender e acusar, contraditório, *motivação e publicidade das decisões*, oralidade, legalidade das formas processuais. Tais princípios qualificam-se como paradigmas do *mister* jurisdicional, a limitar o âmbito de atuação do magistrado, vedando-lhe o arbítrio e obrigando-o a decidir consoante a legalidade e o material probatório trazido ao processo pela atividade dialética das partes.

Põe-se em relevo, agora, o *modus*, o procedimento através do qual se analisa a realidade fenomênica e se atinge a decisão. Procedimento esse, conformado pelas mais preciosas garantias processuais, pelo que se adjetiva esse modelo de *garantista* ou *cognitivo* (*cognoscitivo*).[24]

A esse método corresponde o *modelo acusatório* de persecução, que, baseando a obtenção da verdade na atividade contraditória das partes (método de prova e refutação,[25] portanto), pressupõe a separação orgânica dos ofícios de julgar, acusar e defender. A jurisdição atua, sob este ponto de vista, segundo um processo desenvolvido mediante uma relação jurídica triangular, informada por garantias processuais mínimas, aptas a assegurar a controlabilidade objetiva da verdade retratada nos autos, expiada ao máximo das concepções puramente subjetivas de quem decide. Modelo, pois, cujo enfoque dirige-se à tutela do interesse na liberdade individual de quem é submetido ao processo.

Enquanto o modelo processual decisionista funda-se na busca de uma

(22) Firma-se o Estado como parte em toda e qualquer relação jurídica de Direito Penal material, a partir do momento em que, superada a fase da vingança privada, verificou-se o fenômeno da publicização do Direito Penal, através do qual aquele (o Estado) reservou para si, com exclusividade, a efetivação do direito de punir.

Salienta Scarance Fernandes (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 43-7), com minuciosa citação bibliográfica, que "por isso grande parte da doutrina ressaltou ser ele [o Estado] sujeito passivo constante de todo crime", pois "a violação do preceito incriminador representa sempre afronta aos interesses do Estado na preservação da ordem, na garantia de paz pública ou individual e na proteção da sociedade e de seus membros" (p. 45).

Conforme este entendimento, aceito, com razão, pela maioria da doutrina, o crime sempre produz dois sujeitos passivos: um constante, genérico, que é o Estado como titular do direito de punir; outro eventual, acidental, titular do interesse especialmente tutelado pelo tipo penal. Ao segundo se atribui, tecnicamente, a designação de *vítima* (p. 46).

Ressalte-se, ainda, que o próprio Estado pode figurar, em uma mesma ação delituosa, como passivo geral, titular do *ius puniendi*, e como vítima, sempre que, na qualidade de pessoa jurídica de direito público, tiver um seu interesse, objeto de proteção da norma penal, lesionado pelo crime (p. 46).

(23) ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 9.ª ed. São Paulo : Malheiros, p. 25.

(24) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 539-40.

(25) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 606.

verdade absoluta, uma *verdad máxima*, segundo Ferrajoli,[26] perscrutável sem limites e baseada, sobretudo, em juízos valorativos orientados segundo critérios predominantemente subjetivos, não raras vezes exclusivamente pessoais, donde os fins justificam todos os meios empregados na sua busca e a respectiva legitimidade assenta-se na fonte da autoridade do julgador *"(soberano, Dios, pueblo, sabios etc.)"*, bem como nos critérios de valor por ele adotados como fundamento da decisão *"(sabiduría, eticidad, bien común, interés nacional etc.)"*,[27] o processo cognitivo, i.e., aquele em que a jurisdição atua à luz das demais garantias processuais, caracteriza-se não pela verdade que alcança, mas, especialmente, pelo método por meio do qual a atinge.

Como é intuitivo, esse modelo acaba por gerar uma verdade não absoluta mas relativa, reduzida aos limites da atividade processual; uma verdade processual, controlável e contrastável,[28] posto que obtida mediante critérios os mais objetivos possíveis, investigada mediante a estrita observância das garantias do devido processo legal, tais como contraposição dialética das partes, presunção de não-culpabilidade, proibição de provas ilícitas, publicidade e motivação das decisões obrigatórias. Neste contexto, os fins *justificam-se* pelos meios empregados.

Claro está, e isso não se pode negar, que a segurança e a objetividade dessa verdade mínima dependem, em muito, da segurança e da objetividade do Direito Penal que se aplica.[29] Seja um Direito Penal de tipos legais excessivamente abertos, para cuja definição devam concorrer, em maior ou menor intensidade, os juízos de valor efetuados pelo julgador, e não haverá como se obter, mesmo através dos mais rigorosos meios de pesquisa, uma verdade empiricamente contrastável. É o caso, entre nós, da infeliz Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95).

Conseqüência de tudo isso é que, devendo a decisão judicial fundar-se nesta verdade processual obtida com respeito às garantias processuais, o provimento jurisdicional passa a tê-la como um outro fundamento de validade, além da conformidade com a norma jurídica superior, geral a todo e qualquer ato normativo, abstrato ou concreto[30] (ver item 7). A adequação da decisão a essa verdade é, além de fundamento de validade, também pressuposto de legitimidade da atividade jurisdicional, à qual não basta, como ocorre com os demais poderes públicos, a aprovação da sociedade.[31]

Nesse contexto, a motivação das decisões, com o conteúdo que adiante lhe será traçado, ao possibilitar a verificação e, por conseqüência, o controle endo e extraprocessual daquela adequação, apresenta-se como fator indispensável a essa legitimação.

Assim, pode-se concluir que antes de constituir um instrumento destinado à repressão estatal por meio da aplicação do Direito Penal, o Processo Penal, desde que entendido como *devido Processo Penal*, caracteriza-se, acima de tudo, como instrumento de autolimitação do Poder Jurisdicional, não mais baseado na autoridade do julgador, mas na sujeição deste à estrita legalidade. Deve, portanto, atuar, na busca da verdade, não de qualquer maneira, como poderia se o regime fosse arbitrário, mas com respeito aos

(26) *Op. cit.*, p. 540.

(27) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 541.

(28) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 540-1.

(29) Sobre a (i)legitimidade do sistema penal, não se pode deixar de conferir o interessantíssimo estudo realizado por Eugenio Raúl Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas; a perda de legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro : Revan, 1991.

(30) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 543.

(31) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 543-4.

princípios fundamentais do sistema processual penal fixados pela ordem constitucional, permitindo e legitimando a ingerência do Poder Público na esfera jurídica do indivíduo nos limites estritamente necessários, quando impossível de se evitar a resposta penal a uma ação humana conflituosa e lesiva.[32]

O Estado, como destinatário das normas que edita,[33] está impedido de, a exemplo do que faz no plano da Administração Pública, aplicar por si o Direito Penal. Deve, se desejoso de fazê-lo, recorrer à atividade jurisdicional, a qual, na esfera penal, atua como jurisdição necessária, que deve se desenvolver mediante um processo penal garantidor (acusatório), permeado por inúmeras garantias destinadas a possibilitar a obtenção de uma verdade processual concreta e objetivamente controlável, isenta de critérios pessoais, subjetivos, bem como de uma decisão jurisdicional a ela vinculada, válida e legítima, portanto.

Não basta, como se vê, para a efetividade das garantias penais, que se reserve à jurisdição, em matéria criminal, a exclusividade da tarefa de aplicar o direito à relação material controvertida. Tal modelo mostrou-se, na evolução histórica das instituições judiciárias, insuficiente à eficaz tutela da liberdade jurídica do indivíduo, dada a nociva amplitude dos poderes que se conferia ao magistrado, possibilitando-lhe sobrepor a sua vontade à da lei, convolando as garantias penais em mero exercício de retórica.

É fundamental, pois, que esse *mister* seja desenvolvido mediante um processo penal apto a assegurar ao indivíduo a higidez dos seus direitos fundamentais, constituindo um sistema destinado a garantir às partes (tanto acusação, quanto defesa) a plena e efetiva utilização de todos os poderes processuais conferidos em lei, com vista a influir de modo real no convencimento de um órgão jurisdicional imparcial, neutro, desligado dos interesses substanciais em jogo, que decidirá sobre o respectivo conflito. Ora, se uma condenação houver de ser proferida, que essa conclusão assente-se em uma verdade obtida mediante critérios objetivos, com observância das garantias processuais presentes na cláusula do devido processo legal; em uma verdade contida nos limites do processo; i.e., em uma verdade controlável. Assim, no dizer de Ferrajoli:[34]

Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad: de una verdad más reducida, ..., pero ciertamente más controlada que la verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez.

Este o modelo processual adotado por nossa Constituição (arts. 5.º, LIV, e 129, I) com o fim de outorgar ao operador do

(32) Nesse sentido, JARDIM, Afrânio Silva, Bases constitucionais para um processo penal democrático. *RePro 40*, p. 100, out./dez. 1985; TUCCI, Rogério Lauria. *Processo e procedimentos penais*. Prova oral de erudição do Concurso para Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 17 e, em especial, à p. 18, onde invoca a lição de Sérgio M. de Moraes Pitombo: "a ação penal condenatória (ação da parte que origina a formação do processo penal de conhecimento de caráter condenatório) aflora 'como o preço necessário a ser pago pelo acusador, público ou privado, para sujeitar, depois, o réu aos efeitos da coisa julgada, se tiver razão. O autor no processo penal, suporta, em parte, a tutela jurisdicional de liberdade, como ônus de demandar (...)'.". Ainda no mesmo diapasão, Roberto Delmanto Júnior, em palestra proferida no IBCCrim, por ocasião da realização das Mesas de Processo Penal, no dia 27.05.1996.

(33) MESQUITA, *op. cit.*, p. 90, nota n. 01 de rodapé.

(34) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 541.

direito e aos membros da comunhão social, instrumentos idôneos de combate ao arbítrio judicial, como técnica de segurança do indivíduo e de correto desempenho do Poder Jurisdicional; este, no entanto, o modelo que não se conhece no julgamento pelo Tribunal do Júri, dada a apregoada inaplicabilidade da obrigação de motivar, às decisões emanadas do Conselho de Sentença (art. 493, do CPP), eis que nada, ou quase nada, vincula o provimento dos juízes leigos à verdade processual obtida no desenvolvimento do *iter* procedimental.

6. Motivação: brevíssimo apanhado histórico

O princípio da motivação das decisões, como fenômeno global, veio encontrar espaço nos corpos normativos a partir da segunda metade do séc. XVIII, difundindo-se por completo em todos os ordenamentos processuais europeus (ressalvadas as peculiaridades locais) do séc. XIX, especificamente a partir da sua segunda metade, a propósito da reforma que se estendeu desde a promulgação do *Codice di procedura civile* de 1865, na Itália, até a *Civilprozessordnung* de 1895, na Áustria, passando pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, na Espanha, e pela ordenação alemã de 1877.[35]

Todavia, afirmar que o surgimento da motivação das decisões data do séc. XVIII é algo que deve ser tomado apenas em grau de aproximação, eis que não se trata de um acontecimento uniforme nos ordenamentos jurídicos, variando conforme as concepções políticas e ideológicas dominantes em determinado segmento espaço-tempo, às quais correspondem diferentes finalidades a que a motivação se prestou ao longo dos tempos.

Em primeiro lugar, porque há muito a exposição das razões de decidir constituía, em alguns sistemas, prática anterior ao tratamento legislativo, podendo ser citados os pronunciamentos motivados, na Alemanha, dos *Schöffengerichte*, na Itália, dos juízes lombardos, e no séc. XII, dos magistrados de Pisa.[36]

Nos sistemas de *common law*, ainda hoje não se encontra norma escrita obrigando os juízes a motivar suas decisões, muito embora esta constitua prática constante no foro, imposta por exigências do próprio sistema de precedentes. Entretanto, este costume não se aplica aos julgamentos do Tribunal do Júri, pelo que diferencia a doutrina entre decisões de juízes de direito, devidamente motivadas, e veredictos dos juízes leigos, aos quais é estranho o princípio em tela.[37]

As experiências alemã e italiana, acima mencionadas, configuram, todavia, casos isolados, que não autorizam a assertiva de que a fundamentação do julgado constituía uma prática generalizada e difundida nos sistemas legais; ao contrário, pois a regra era mesmo a ausência de motivação, ao menos até o séc. XVIII. Tais exemplos prestam-se apenas para evidenciar que a prática e a imposição legal da obrigação de o juiz expor os motivos do seu convencimento não têm origem comum na história.

Em segundo lugar, porque mesmo a qualificação da motivação como obrigação legal, datada, em dimensões gerais,

(35) TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 343; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual*. 2.ª ed. São Paulo : Saraiva, 1988, segunda série, p. 83.

(36) TARUFFO, *La motivazione..., op. cit.*, p. 320-2.

(37) AMODIO, Ennio. L'obbligo costituzionale di motivazione e L'istituto della giuria. In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3. Padova: Cedam, II Série, p. 461, Luglio-Settembre 1970, com referência bibliográfica.

da segunda metade do séc. XVIII, só pode ser considerada igualmente a título de aproximação.

De fato, a partir do séc. XIII já se conhecem exemplos em que a motivação surge como verdadeiro dever imposto ao juiz em dispositivo legal, *e.g.*, o estatuto do *Reggio Emilia* de 1265 e as legislações do Piemonte e de Florença.[38]

Na França, o princípio foi previsto pela primeira vez no art. 3.º da *Ordonnance criminelle* de Luis XVI, de 01.05.1788 e, posteriormente, por ocasião da Revolução, no art. 15, Tít. V, da Lei de 16.11.1790, sobre organização judiciária, e, em seguida, no art. 208 da Constituição do ano III (1795).[39]

Antes disso, i.e., das legislações revolucionárias, algumas codificações já atribuíam à motivação, na esteira das reformas processuais que marcaram a segunda metade do séc. XVIII, dignidade de direito posto, embora com significativas diferenças quanto à sua função no sistema jurídico.

Assim na Prússia, onde, por vontade de Federico II, publicou-se, em 1748, o *Codex Fridericianus Marchicus*, o qual atribuía à fundamentação do julgado, natureza eminentemente técnica. Este código foi seguido, na essência, pela *Allgemeine Gerichtsordnung*, de 1781, igualmente empenhada apenas em dar às partes e aos juízes superiores, o conhecimento das razões de decidir, com vista ao bom funcionamento da Administração da Justiça; em relação à sistemática precedente, alterou positivamente tão-somente a disciplina da publicidade das decisões.[40]

Também o Código de Giuseppe II, promulgado por ocasião da reforma processual austríaca, em 1781, que contemplou a versão mais radical da concepção técnica, endoprocessual, do princípio da motivação: salvo nas hipóteses de sentenças recorríveis, nas quais a fundamentação era oferecida, mediante requerimento das partes, a estas e aos juízes de superior instância, sem qualquer espécie de publicidade, a motivação era, nas hipóteses restantes, vedada ao magistrado.[41]

Nos Estados italianos destacaram-se o Código de Trento de 1788 e a *Prammatica Napoletana* de 27.09.1774, redigida, esta última, pelo Min. Tanucci e promulgada por obra de Ferdinando IV.[42] Esta, ao impor aos magistrados napolitanos o dever de motivar todas as decisões, fossem de mérito, fossem meramente interlocutórias, direcionando a fundamentação ao público, através da ampla publicidade, mereceu de Amodio[43] e de Filangieri,[44] grandes elogios, os quais atribuíram-lhe natureza extraprocessual, de instrumento destinado a colocar a função jurisdicional sob o controle difuso da comunidade social.[45]

(38) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 322-3.

(39) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 622; TARUFFO. *La motivazione... , op. cit.*, p. 325; MOREIRA, *op. cit.*, p. 83.

(40) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 328-9.

(41) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 329-30.

(42) AMODIO. *L'obbligo..., op. cit.*, p. 447; TARUFFO. *La motivazione, op. cit.*, p. 331.

(43) AMODIO. *L'obbligo..., op. cit.*, p. 447 *et seq.*

(44) FILANGIERI. Gaetano. Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia. In: *La Scienza Della Legislazione*. Milano: Giovanni Silvestri. 1818. v. 6, p. 225-72, em especial, p. 239-55. *L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna, dunque, tôrre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge.* Dentre os meios para tanto empregados estaria, segundo o autor, o dever de os magistrados exporem ao público as razões da sentença (p. 239; 254-5).

(45) TARUFFO, por sua vez, mostra-se, e com razão, cético e não tão otimista quanto Amodio e Filangieri, quanto à verdadeira razão pela qual a *Prammatica* impôs ao

Surgem, nesse período, duas distintas concepções do dever de motivar:

(a) a primeira, extraprocessual, segundo a qual a função primordial da motivação é fazer possível o controle externo, popular, sobre a consonância da decisão com a verdade emanada dos autos e com a legalidade. Tal posicionamento não tem o escopo de infirmar o valor técnico da motivação; visa, apenas, a incrementá-lo, a expandir os horizontes do princípio, que, de garantia das partes, assegurando-lhes o conhecimento das razões do convencimento do juiz e proporcionando-lhes o necessário substrato para impugnar o *decisum*, passa à qualidade de garantia da própria jurisdição, de segurança da regularidade do desenvolvimento do juízo.

Assenta-se, sob esse ponto de vista, na noção democrática de justiça que acompanha a cultura política própria do Iluminismo; esta noção democrática encontra a mais significativa manifestação na legislação revolucionária francesa (Lei de 16.08.1790, art. 15; Constituição de 1795, art. 208).

São corolários desta postura, a total amplitude da publicidade da motivação e a absoluta impossibilidade de se impor ao juiz qualquer forma de limitação ao dever de explicitar as razões do julgado.[46]

O ponto mais significativo desta orientação é que, a esta altura da evolução histórica (explosão das idéias democráticas resgatadas pelo Iluminismo), o princípio da motivação, nesta dimensão de garantia da jurisdição, não se manifesta como fruto de construções doutrinárias, técnicas ou filosóficas, mas como produto de concepções políticas e ideológicas que afloram na especial conjuntura social da Revolução, particularmente caracterizada pelo combate ao arbítrio dos sistemas absolutistas e pela afirmação dos Estados Democráticos de Direito.

Tem origem específica nos ideais de justiça democrática que se potencializam na esteira da cultura iluminista, como movimentos de oposição à prática judiciária do *ancien régime*, advertindo-se *"come la mancanza di motivazione costituisse il tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere da parte dei giudici"*.[47]

Nessa investida, vale ressaltar que a motivação não surge por si mesma, como ferramenta autônoma, mas em função do princípio da legalidade,[48] destinada a submeter, em absoluto, a vontade de quem decide à lei; surge, pois, como instrumental fundamental à efetividade de uma garantia de Direito Penal material, e das demais que dela decorrem.

Daí o porquê de o princípio vir, de imediato, concebido como princípio geral, *insuscetível de limitações*.[49]

No século atual, *essa concepção se manifesta especialmente nas Constitui-*

juiz napolitano o dever de fundamentar a formação do seu convencimento.

Para ele, tendo em vista que Nápoles, à época, apresentava uma estrutura política marcadamente despótica e autoritária (neste sentido, também Amodio, que não nega o perfil despótico do exercício do poder político em Nápoles, embora o caracterize como "típica manifestação do despotismo iluminado". *L'obbligo costituzionale...*, *op. cit.*, p. 447), o reforço do princípio da legalidade e a introdução de uma forma de controle sobre a atividade do juiz, através do dever de motivar, corresponderia mais a um programa de centralização do poder, em oposição ao regime descentralizador do sistema feudal, que ao intuito de tornar possível o controle popular sobre a verdade e a legalidade do pronunciamento jurisdicional. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 332, nota em rodapé n. 35.

(46) TARUFFO. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 333-4.

(47) TARUFFO. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 326.

(48) TARUFFO. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 327.

(49) *Ibidem*.

(50) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Pre-*

ções promulgadas após a segunda guerra mundial, marcando o início de uma era caracterizada pela colocação da liberdade e da dignidade da pessoa como fundamento dos sistemas jurídicos penais; caracterizada, de um modo geral, pela maior preocupação de todos os segmentos sociais com os direitos fundamentais do indivíduo.[50-51]

(b) conforme a segunda concepção, de ordem técnica, voltada a finalidades internas do sistema, endoprocessual portanto, a motivação destina-se às partes, assegurando-lhes o conhecimento das razões de decidir do julgador, a fim de que possam adequadamente impugnar a decisão; direciona-se aos órgãos judiciais superiores, munindo-os de condições de exercer o controle sobre o acerto e a legalidade das decisões, no exercício do duplo grau de jurisdição, provocado seja por meio de recurso, seja por intermédio de ação impugnativa autônoma. Mantém-se, por conseguinte, no âmbito interno do Poder Judiciário, certo controle sobre a uniformidade da interpretação e da aplicação do direito.[52]

Nesta perspectiva, o dever de motivar corresponde à exigência de organizar e de racionalizar o funcionamento, a Administração da Justiça.

Como corolário, aceitam-se limitações da publicidade e da extensão da motivação, sendo admissível a imposição do dever de motivar tão-só quando a decisão for passível de impugnação, por recurso ou por ação autônoma; basta, ainda, alternativamente, a justificação formal[53] facultativa do julgado, fornecida às partes e ao órgão jurisdicional de segundo grau, apenas quando houver requerimento nesse sentido;[54] possível, ainda, a adoção de regra que, a exemplo da *Allgemeine Gerichtsordnung* (Prússia, 1781), vede ao juiz justificar a sua decisão, ou que o impeça de dar-lhe a devida publicidade.[55-56] Da mesma forma, não se declara

sunção de inocência e prisão cautelar. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

(51) Esta consideração do homem e da integridade dos seus direitos fundamentais, como centro dos sistemas penais constitui a base antropológica reclamada por Zaffaroni (*op. cit.*, p. 16-9) como um dos fatores necessários (ao lado da coerência interna lógica do discurso jurídico-penal e da sua operacionalidade real) de legitimidade destes mesmos sistemas.

(52) Barbosa Moreira enumera, ainda, outras tantas razões para se exigir, sob o aspecto meramente técnico, a motivação das decisões, *e.g.*: conhecimento da motivação como instrumento para a correta interpretação do julgado; como fator persuasivo, destinado a desestimular a interposição de recursos; como condição de funcionamento dos mecanismos de uniformização de jurisprudência etc.

(53) Conforme Barbosa Moreira, é corrente na doutrina a distinção operada entre *justificação material e justificação formal*, sendo que aquela consiste na existência concreta de um fundamento para a prática do ato, ao passo que este (o ato) é tido como formalmente justificado quando se demonstra, se declara a existência desse fundamento. *op. cit.*, p. 89.

(54) Nesse sentido, TARUFFO, *La motivazione..., op. cit.*, p. 38; MOREIRA, *op. cit.*, p. 87; GRINOVER, Ada P. O Conteúdo da garantia do contraditório. In: *NovasTendências do Direito Processual*. 2.ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 34.

(55) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 334-5.

(56) Nessa linha, o sistema instituído pelo nosso atual Código de Processo Penal, o qual, após prescrever no art. 381, III, que a motivação é parte indispensável da sentença, devendo esta ser declarada nula na hipótese de ausência de fundamentação (cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 265-6), excepciona a regra, proibindo, no art. 493, que os componentes do Conselho de Sentença motivem as respostas dadas aos quesitos, em perfeita consonância com a dimensão estritamente técnica, endoprocessual do princípio da motivação.

(57) Assim a orientação da jurisprudência fran-

a nulidade da sentença por falta de fundamentação, se esta não é expressamente exigida em lei.[57]

Essa última visão do princípio da motivação firma-se, sobretudo, com a ascensão de Napoleão ao poder, por obra do qual os conceitos desenvolvidos e propagados no final do séc. XVIII não foram recepcionados pelos textos normativos do séc. XIX; de curta duração, portanto, a aceitação do princípio em sua dimensão extraprocessual.

O que se vê a partir desse momento é a rápida difusão da obrigatoriedade de fundamentar os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório como imperativo técnico-processual, desconsiderando-se a carga ideológica do princípio em sua dimensão de garantia do correto desenvolvimento do juízo.

Essa influência se processou, em particular, em nível de legislação ordinária e foi devida, em grande parte, à recepção da legislação francesa por diversos ordenamentos europeus, dentre eles, alguns Estados italianos,[58] fenômeno que alterar-se-ia somente a partir da segunda metade do séc. XX.

Todavia, não faltaram vozes, como a de Amodio, sustentando a distinta evolução dos ordenamentos francês e italiano. Para o autor, enquanto a França enredava-se pelos caminhos técnicos, endoprocessuais do princípio da motivação, os Estados italianos, seguindo o modelo napolitano de 1774 (*Prammatica Napoletana*), para ele de cunho nitidamente garantidor, consagravam a motivação como instrumento de controle popular sobre a Administração da Justiça.[59]

Para Taruffo, entretanto, não é crível a tese de que o sistema italiano tenha sido substancialmente refratário às influências bonapartistas, adotando, por outro lado, o modelo instituído pela *Prammatica Napoletana* de 1774.

Segundo o autor, é inegável que o sistema francês, implantado pelo Código Napoleônico, exerceu grande influência na Itália, quer em virtude da sua recepção por alguns Estados italianos, quer em razão da ampla circulação da doutrina francesa pelos territórios itálicos. Estes fatores, aliados à curta vigência da *Prammatica*, fazem crer que esta continuou a ser invocada mais como um acontecimento de valor histórico do que como um modelo de fato influente.[60]

7. Motivação: perfis ideológicos e finalidades

A adoção da obrigatoriedade de motivar todos os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório pelas Constituições do pós-guerra e, entre nós, pela primeira vez, pela Constituição da Repú-

cesa do *Tribunal de Cassation* durante a primeira década do século passado. TARUFFO, *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 341, nota em rodapé n. 56.

(58) TARUFFO. *La motivazione... op. cit.*, p. 336-7; *Il significato, op. cit.*, p. 39.

(59) AMODIO, *L'obbligo...*, *op. cit.*, p. 447: *Ricostruendo l'obbligo costituzionale di motivazione alla luce dell'evoluzione storica francese, egli* [Paolo Scaparone] *mostra infatti di soggiacere al pregiudizio, assai difuso nella moderna dottrina, secondo cui gli istituti processuali dell'ottocento italiano ricalcano fedelmente i modelli della procedura d'oltralpe. (...). Ma l'idea che nel secolo XIX Italia e Francia abbiano avuto un corso storico comune, lo induce a trascurare il filone napoletano per affermare con tutta sicurezza che le riforme della legislazione rivoluzionaria francese e quelle attuate nel regno Napoli, furono, per quel che riguarda la motivazione, ispirate da ragioni non dissimili.* Cf., também, p. 450.

(60) TARUFFO. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 338, nota em rodapé n. 44.

(61) MOREIRA. *op. cit.*, p. 84.

blica de 1988 (art. 93, IX), assume particular importância basicamente em virtude de três motivos:

(i) em primeiro lugar, porque trazido ao seio constitucional, o dever de motivar se põe a salvo das vicissitudes e das inconstâncias da legislação ordinária, ao mesmo tempo em que exige que o intérprete o analise como princípio inserido no contexto das garantias fundamentais relativas à atividade jurisdicional;[61]

(ii) em segundo, porque sendo a Constituição a expressão maior da síntese e da harmonia dos interesses sociais, políticos e culturais vigorantes em uma determinada sociedade, em um específico segmento histórico, torna-se nítido que os princípios por ela adotados (*e.g.*, devido processo legal, motivação e publicidade das decisões etc.), antes de constituir instrumentos técnicos voltados ao mero funcionamento interno do sistema a que servem, assumem a natureza de instrumento social, destinados, sobretudo, à comunidade sobre a qual produz efeitos o sistema (processual) de que fazem parte. Prova disto reside na constatação de que é nas Cartas Constitucionais que a obrigação de motivar é contemplada, via de regra, em sua concepção social, sob o enfoque extraprocessual.

Ainda sob esse aspecto, o dever de motivar, inserido no Texto fundamental de todo o ordenamento jurídico de um país, assume indiscutível natureza de princípio geral do ordenamento processual, seja ele civil, trabalhista, eleitoral, militar ou penal.

Como princípio processual constitucional geral, significa, ainda, que mesmo que o ordenamento processual infraconstitucional deixe de prever às expressas a inafastabilidade da motivação, fica fora de dúvida que a norma constitucional respectiva, que impõe a todo o Judiciário o dever de oferecer as razões da sua decisão, possui força integrativa obrigatória;

(iii) em terceiro lugar, porque a atenção dispensada pelo legislador constituinte ao princípio da motivação denota claramente a preocupação da Constituição com a limitação do poder estatal de punir às fronteiras legais, impostas por um devido processo legal, em prol da garantia da higidez da esfera jurídica individual. Em outras palavras, indica a opção da Constituição por um processo penal em que a segurança da liberdade individual e a observância da estrita legalidade constituem o núcleo de todo o sistema.

Alçado ao plano constitucional, o princípio que fixa o dever de motivar necessita, para que não restem dúvidas quanto à sua inafastabilidade, seja em que caso for, ser estudado sob três prismas: (a) dos efeitos da norma constitucional sobre a legislação processual ordinária; (b) das relações entre o princípio constitucional da motivação e os demais postulados constitucionais do devido processo legal; (c) do princípio como instrumento de controle geral e difuso sobre a Administração da Justiça.[62] Vamos, pois, ao apontado estudo:

(a) a questão assim apresentada nos remete à tão conhecida teoria da *estrutura escalonada da ordem jurídica*, perfilhada por Hans Kelsen em seu *Teoria pura do Direito*:[63] o Direito, que se funda em uma norma fundamental, a qual lhe confere unidade, é um sistema de normas jurídicas ordenadas não no mesmo plano, mas mediante *"uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas."*[64]

(62) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 392-414.

(63) KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6.ª ed. Coimbra : Arménio Amado, 1984. p. 309 *et seq.*

(64) KELSEN. *op. cit.*, p. 309.

Nessa estrutura, há normas que fixam a forma de produção de outras normas, e normas que determinam o conteúdo dessas normas a surgir no mundo jurídico. Assim, uma norma jurídica, aqui chamada de inferior, somente será válida se produzida segundo o processo prescrito por outra norma jurídica, superior a ela, e se possuir o conteúdo tal qual determinado por esta superior.

Ao prescrever o processo de produção e o conteúdo que a norma inferior deve ou não possuir, a norma jurídica superior lhe restringe o poder normativo. Esta limitação pode ser, por isso, de duas ordens: *formal*, quando disciplina o processo por meio do qual a norma deve ser produzida; *material*, sempre que se reportar ao conteúdo normativo do mandamento jurídico.[65]

Quantos aos limites materiais, que aqui nos interessam, podem ser *positivos* ou *negativos*.[66] Positivos sempre que a norma jurídica superior prescreve o conteúdo que a norma a surgir deve ostentar. Negativos, quando a norma superior priva a inferior de possuir determinado conteúdo.

Tudo está a dizer, e este é o objetivo desta pequena mas necessária digressão, que ao outorgar à norma inferior poder para reger determinada matéria, a norma jurídica superior impõe os limites do exercício desse poder, dizendo como ele deve e como ele não deve ser desempenhado, de forma que àquela (à norma inferior) não resta outra alternativa senão executar os preceitos mais gerais desse mandamento superior.

Dessa relação entre normas jurídicas superiores e inferiores deflui a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, segundo a qual a norma inferior somente possui validade na exata medida da sua consonância, formal e material, com as normas superiores, e estas, da mesma maneira, somente são válidas se compatíveis com outras normas que estão acima delas, e assim por diante, até o vértice da pirâmide, onde se encontra a norma maior, aquela da qual todas derivam e que, por isso, constitui condição de validade de todo o sistema, conferindo-lhe unidade.

Segundo Norberto Bobbio, que encampa explicitamente esta teoria, conforme a perspectiva sob a qual se observe a pirâmide jurídica, i.e., conforme se a aviste de cima para baixo, ou de baixo para cima, as normas serão, respectivamente, produtoras de outras normas ou executoras das suas superiores.[67]

Conforme o autor, em uma

> ...estrutura hierárquica, como a do ordenamento jurídico, os termos *execução* e *produção* são relativos, porque a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva. Executiva com respeito à norma superior, produtiva, com respeito à norma inferior.[68]

Assim, pode-se concluir que na medida em que se vai descendo do nível jurídico superior aos níveis jurídicos inferiores, a carga normativa dos preceitos jurídicos diminui gradativamente. Isto porque ao fixar a forma e o conteúdo da norma inferior, a superior, que constitui o fundamento de validade da primeira, desenha-lhe os limites do poder normativo. À inferior não é dado, sob pena de nulidade, extrapolar tais limites; cabe-lhe apenas *executar* os mandamentos da norma jurídica superior, que a conforma, nunca querer produzi-la; de maneira alguma intentar conformá-la ou mesmo fornecer-lhe os paradigmas da interpretação, pois

(65) BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: UnB, 1991. p. 53-4.

(66) BOBBIO. *Teoria..., op. cit.*, p. 54-5.

(67) BOBBIO. *Teoria..., op. cit.*, p. 48-58.

(68) BOBBIO. *Teoria..., op. cit.*, p. 50-1.

se estaria invertendo a estrutura hierárquica do ordenamento, retirando-lhe a indispensável unidade.

Canotilho e Vital Moreira, após afirmarem que a Constituição é a lei específica, em razão das peculiaridades que marcam o seu processo de produção e de alteração, e a lei necessária, já que não pode ser dispensada ou revogada, só modificada, asseveram, descrevendo o seu terceiro atributo, que ela é uma *lei hierarquicamente superior*, "que se encontra no vértice da ordem jurídica, *à qual todas as leis têm de submeter-se*" (grifos meus).[69]

Em outra passagem, continuam os autores a discorrer sobre a preeminência normativa da Constituição.[70]

A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que *todas as normas hão-de conformar-se com ela.* (grifei)

.....

A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica *deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo*, de modo a eliminar as normas que não se conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); (b) *as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional... . (os grifos são meus)

É dessa forma que se relacionam as normas constitucionais e as normas ordinárias, relação na qual estas buscam naquelas o seu fundamento de validade, ao passo que as primeiras (constitucionais) delimitam o poder normativo das segundas (ordinárias); às ordinárias, por tudo isso, somente cabe executar as normas que lhes são hierarquicamente superiores. O mesmo raciocínio é absolutamente válido para a relação entre norma ordinária e decisão jurisdicional, em que a primeira figura como produtora da segunda, mandamento jurídico concreto.

Daí a impropriedade de se buscar, mediante a interpretação, conformar o conteúdo da norma constitucional (produtora) à infraconstitucional (executora), e não o inverso, como seria natural. E, com grande perplexidade, é esse o gravíssimo vício que se constata na matéria objeto deste excerto, pois, embora exista mandamento constitucional determinando, com todas as letras, que "*todos* os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade...",[71] sem abrir qualquer exceção, não é pequeno o filão dos estudiosos, muitos deles reconhecidamente ilustres, que advoga a perfeita recepção, pela Constituição, da regra ordinária que prescreve que a "...sentença [do Tribunal do Júri] será fundamentada, *salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos...*".[72]

A norma jurídica constitucional acima citada, ao ser redigida como foi, fixou negativamente os limites materiais, i.e., o conteúdo da norma infraconstitucional que deve reger a matéria "motivação das

(69) GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 40.

(70) GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Op. cit.*, p. 45-6.

(71) Art. 93, IX, da CF.

(72) Art. 493, do CPP.

decisões jurisdicionais", vedando-lhe qualquer possibilidade de possuir um conteúdo que desobrigue o juiz de expor as razões do seu convencimento, ou que o impeça de fazê-lo, qualquer que seja o campo (penal, procedimento especial ou comum, ou extrapenal), posto que o princípio, constitucional que é, apresenta-se em caráter geral a todo o ordenamento processual.

Desta forma, se norma ordinária assim dispondo for promulgada, será inconstitucional; se já existente ao tempo da entrada em vigor da nova ordem constitucional, terá sua validade e eficácia automaticamente cassada, posto que não recepcionada (inconstitucionalidade superveniente), como é o exemplo do art. 493 do CPC.

Neste particular, anote-se a precisa lição de Michelle Taruffo:[73]

...da un lato, essa [a norma constitucional] *produce l'illegittimità di qualsiasi eventuale norma ordinaria che consentisse al giudice di non motivare la sentenza, o che addirittura escludesse la motivazione. Dall'altro, essa impone l'interpretazione integrativa di qualsiasi norma che non prevedesse espressamente un obbligo di motivazione inerente a particolari fattispecie di sentenze...*

b) O segundo aspecto do princípio constitucional da motivação a ser abordado é o das suas relações com os demais princípios que compõem o sistema do devido processo legal.

Nessa perspectiva, o dever constitucional de motivar assume nítida natureza instrumental em relação às demais garantias processuais constitucionais, posto que a sua observância é condição de realização efetiva dos demais princípios que informam o Processo Penal.[74]

Destacam-se no devido processo legal, para os fins aqui propostos, os princípios da (b.1) independência do juiz, (b.2) da legalidade das decisões e da verdade processual e (b.3) dos direitos de ação e de defesa.

b.1) *Independência do juiz:* conforme adverte Taruffo, quando se trata da independência do magistrado em sua relação com a motivação das decisões, não se pretende referir, especificamente, à sua independência institucional, ou seja, independente o juiz enquanto independente o Poder Judiciário frente aos demais poderes do Estado. Quer-se aludir, em verdade, a outro princípio, para cuja efetividade a independência do juiz concorre em relação também instrumental, i.e., em relação de garantia: a imparcialidade do magistrado. Não, também, imparcialidade em nível geral e abstrato, mas no plano concreto, enquanto representante do Estado-juiz, substituindo determinadas partes em uma específica contenda da vida, a fim de aplicar-lhe o direito material. No dizer de Taruffo, *"la neutralità del giudice nei confronti di ogni singola controversia sottoposta alla sua decisione."*[75]

Ora, torna-se naturalmente impossível exercer o controle sobre a independência e a imparcialidade do juiz no caso concreto levado à sua cognição, se não se puder conhecer das razões que o levaram a decidir em favor de uma ou de outra parte.

b.2) *Legalidade das decisões e verdade processual:* o mesmo raciocínio se deve fazer quando se aborda a relação entre motivação e legalidade das decisões, i.e., a sua consonância formal e material com a lei. À vista do que se disse acima (letra *a*), ao declarar à relação da vida o sentido concreto da norma jurídica, a decisão judicial coloca-se em relação à lei como norma executora, que

(73) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 394.

(74) TARUFFO. *La motivazione..., op.cit.*, p. 398-9; *Il significato..., op. cit.*, p. 42.

(75) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 399.

busca nela o seu fundamento de validade, posto que é a lei que lhe determina, previamente, a forma e o conteúdo.

Mas, como se consignou acima (item 5), tratando-se de atos jurisdicionais, não basta, para a certidão da sua validade, a verificação da sua pertinência à norma jurídica superior, o que seria suficiente se estivéssemos lidando com normas jurídicas abstratas. Condição de validade dos atos jurisdicionais, especificamente das decisões, é também a sua consonância com aquela verdade processual obtida por intermédio de um modelo processual cognitivo, permeado pelas garantias processuais necessárias a tornar efetivas as garantias penais.

Fácil de se concluir, assim, que sem motivação adequada torna-se inútil asseverar que a decisão judicial deve guardar conformidade com a lei e com a verdade, pois que essa adequação jamais será constatável.

Como se assinalou, ganha especial relevo para este fim, o conteúdo do discurso jurídico justificativo que deve ser oferecido pelo juiz ao decidir. Este, por certo, não pode se resumir à simples enunciação do resultado da atividade probatória, nem tampouco à menção do dispositivo legal aplicado.

O juiz deve expor as razões que o levaram a decidir de determinada maneira, explicitando os critérios de valoração das provas trazidas aos autos, a escolha da norma aplicável aos fatos provados, bem como o método interpretativo utilizado nesta eleição. Como é sabido, o simples cotejo da lei com a decisão desprovida dessa espécie de motivação mostra-se insuficiente para demonstrar a subsunção desta àquela, como norma produtora-executora.

b.3) *Direitos de ação e de defesa:* trata-se do imperativo de se verificar o respeito que tem o juiz, no caso concreto, pelos direitos de ação e de defesa, entendidos como direitos à pertinente tutela jurisdicional de um bem da vida, os quais são contemplados na própria Constituição, no seu artigo 5.º, XXXV, como fundamentais do homem, como direitos de acesso à justiça.[76]

Releva notar que, mais importante que garantir às partes o uso pleno de todos os poderes que a lei processual lhes confere, é assegurar-lhes a *efetividade* do exercício desses poderes sobre a formação do convencimento do juiz.

Garantir os direitos de ação e de defesa significa, em outras palavras, assegurar que o julgador, ao proferir decisão, leve em conta na formação da sua convicção, o resultado da atividade processual das partes, i.e., que aprecie devidamente as provas produzidas, as razões oferecidas e os pedidos formulados, como condição de realização efetiva do direito à tutela jurisdicional, do direito de acesso à justiça.

De nada vale garantir às partes o uso pleno dos poderes processuais em lei conferidos, se o juiz puder, ao decidir, deixar de considerá-los. O exercício desses poderes há de ser não só pleno, mas, acima de tudo, efetivo sobre a convicção de quem julga.

Como é natural, somente através de uma motivação adequadamente estruturada aos fins do Estado de Direito é que se torna viável o exercício do controle sobre a atividade jurisdicional, especialmente no que concerne ao respeito pelos direitos constitucionais da ação e da defesa, como manifestação do direito à tutela jurisdicional.

(76) Tem-se por direito de acesso à justiça, o direito tanto do autor, quanto do réu, à tutela jurisdicional adequada e efetiva sobre um bem da vida ameaçado ou violado, por meio de um processo estruturado à luz do devido processo legal, apto a possibilitar à jurisdição a obtenção dos fins a que se propõe. Ver também Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, *op. cit.*, p. 74-7.

Neste enfoque do princípio constitucional da motivação das decisões, qual seja, das suas relações com os demais princípios componentes da cláusula *due process of law*, o dever de motivar, além de lhes ser instrumentalmente conexo, aparece como princípio de controle sobre a Administração da Justiça, a partir do instante em que viabiliza a fiscalização sobre o modo com o qual o juiz exercita a atividade jurisdicional, em especial sobre a sua postura frente aos direitos fundamentais do homem no momento de decidir.

(c) Cabe, pois, analisar o princípio constitucional de motivar sob o terceiro e último enfoque proposto, qual seja, da motivação como instrumento de controle geral e difuso sobre a Administração da Justiça.

Sob este aspecto, o dever do juiz de prestar contas sobre o modo como decidiu o caso concreto aparece como especificação de um princípio mais geral, pertinente ao Poder Público considerado como um todo: o princípio geral de controle sobre a maneira como os agentes públicos se utilizam dos poderes a eles conferidos por lei para a cura do interesse público. Tal controle é inerente ao Estado Democrático de Direito, ou seja, a um Estado que se justifica perante os verdadeiros titulares do poder político, quais sejam, os membros do corpo social, como forma de obter legitimação para o poder que exercita.

No específico campo da jurisdição, como salienta Taruffo, este princípio de controlabilidade manifesta-se no princípio da motivação das decisões,[77] que, por isso, não pode ser direcionado apenas às partes e aos órgãos jurisdicionais com competência para conhecer das impugnações, mas a toda a sociedade, que também encontra-se sujeita aos *efeitos* do ato jurisdicional, tão-só pelo fato de se sujeitar à ordem jurídica que se aplica.

Sendo o Judiciário, no plano jurisdicional do Estado de Direito, mero executor da soberania popular, não se concebe como a sociedade civil possa ser colocada à margem da forma como se exercita o poder de aplicar o direito à espécie levada a juízo, como se a jurisdição fosse, como era no Estado Absoluto, um poder secreto, oculto, interessante apenas aos fins particulares do soberano.

Assim, em um regime em que o Estado se submete integralmente à lei, a qual, por sua vez, apresenta-se (ao menos presumidamente) como repositório dos interesses públicos, o dever de motivar adequadamente torna-se o instrumento por meio do qual o órgão julgador demonstra àquele que lhe delegou poder, a maneira como esse poder foi utilizado.[78]

Daí a clara noção do dever de motivar como especificação do princípio geral de controle a que estão submetidos todos os setores públicos do Estado Democrático de Direito.

Posto nestes termos, cabe aqui reiterar o que se disse anteriormente (letra *a*): a motivação das decisões, como princípio constitucional, constitui limite material negativo ao legislador processual infraconstitucional, o qual não pode produzir norma jurídica cujo conteúdo dispense o juiz de motivar as suas decisões, ou mesmo que o obrigue a deixar de fazê-lo, ou então, que limite o rol de destinatários da exposição de motivos que ora se prega apenas às partes e aos órgãos jurisdicionais superiores. Constitui, também, limite material negativo ao próprio julgador, que não pode produzir decisão completamente desprovida de motivação, ou então desprovida de motivação adequada a possibi-

(77) TARUFFO. *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 405-6.

(78) AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1977. v. 27, p. 188.

litar a efetivação desse controle, tanto pelas partes, quanto pelos órgãos das instâncias superiores e pela sociedade.

Tem-se, portanto, que tal dever é geral e indeclinável a todos aqueles que executam, nos planos inferiores da normatividade, o princípio constitucional do art. 93, IX, da CF.

A este propósito, arguta a observação de Amodio, que, interpretando sistematicamente a Constituição italiana, na qual a norma jurídica que prescreve o dever de motivar os provimentos jurisdicionais é colocada entre as normas sobre jurisdição e não entre os princípios processuais, tais como direito de defesa, presunção de inocência ou tutela da liberdade pessoal, conclui que a motivação das decisões surge como garantia de toda a coletividade e não somente do indivíduo quando colocado frente ao Poder Estatal.[79]

Como advertido por Taruffo, o controle sobre a atividade jurisdicional que ora é tratado não se confunde, nem pode ser confundido ou reduzido ao mero controle contido no poder, atribuído apenas a quem seja *juridicamente interessado*, de impugnar as decisões, seja pela via recursal, seja por meio de ação autônoma, sob pena de inconcebível retrocesso à concepção endoprocessual da motivação, versada anteriormente.

O que se propõe na melhor doutrina, como algo natural ao Estado Democrático de Direito, é uma motivação, que se apresente como instrumento de controle geral e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra o conflito de interesses alheios, dirigida, portanto, não somente às partes, aos terceiros juridicamente interessados, aos seus patrocinadores (constituídos ou dativos) e ao órgão julgador de instância superior, mas a todos os integrantes da sociedade civil[80] sobre a qual produzirá efeitos a decisão jurisdicional, pelo simples fato de serem os titulares do poder político (art. 1.º, da CF) e por estarem sujeitos a uma ordem jurídica comum.

Vale, assim, anotar a lição de Taruffo ao se reportar à motivação como instrumento de controle geral e difuso:

La connotazione politica di questo spostamento di prospettiva è evidente: l'ottica «privatistica» del controllo esercitato dalle parti e l'ottica «burocratica» del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell'ottica «democratica» del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata.

Do exposto sobre a motivação das decisões judiciais sob o enfoque extraprocessual acolhido pelas constituições do pós-guerra, inclusive pela nossa de 1988, deflui naturalmente a sua íntima correlação com a participação popular na Administração da Justiça,[81] que constitui, em verdade, um controle político exercitado *a posteriori* sobre os critérios de valoração das provas e de interpretação e aplicação do direito empregados pelo juiz ao decidir as questões levadas à sua cognição.[82] Para atingir os fins a que se propõe, esse controle não precisa, necessariamente, ser efetivo; efetiva há de ser, inafastavelmente, a possibilidade conferida a *qualquer um* de exercitá-lo plenamente, sempre que desejar.[83]

Assim, é fácil vislumbrar a importância assumida, para o controle popular sobre a Administração da Justiça, pelo

(79) AMODIO, *ibidem*.

(80) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 406-7. MOREIRA, *op. cit.*, p. 90.

(81) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 407; Il significato..., *op. cit.*, p. 49-50. AMODIO. La motivazione..., *op. cit.*, p. 188.

(82) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 409 e nota em rodapé n. 190.

(83) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 409.

princípio da publicidade dos julgamentos, que, igualmente, assume natureza instrumental em relação às demais garantias do devido processo legal, posto que seria inútil exigir do juiz a exposição dos motivos de decidir se os seus destinatários não pudessem conhecê-los.

Desta correlação aperceberam-se nossos constituintes, ao tratar, no mesmo dispositivo, dos princípios da motivação e da publicidade das decisões (art. 93, IX, da CF), sendo que o último foi, ainda, repetido no artigo 5.º, LX, da CF, dentre os direitos e garantias fundamentais do homem.

Em suma, de instrumento voltado às partes e à magistratura, a motivação, em conformidade com essa nova postura (política e social), passa a ser dirigida também ao corpo social, que, por estar sujeito à eficácia do ordenamento jurídico, sofre igualmente os efeitos da decisão. Proporciona ao público, portanto, a possibilidade de efetuar o controle externo e difuso sobre o exercício do poder jurisdicional, extrapolando os limites meramente processuais para atingir a realidade sobre a qual o pronunciamento gera efeitos. Assume a motivação, pois, finalidade extraprocessual.

Consiste em assegurar aos jurisdicionados em potência, i.e., *in genere*, e aos jurisdicionados em ato, i.e., *in concreto*, através do conhecimento público das razões de decidir, o controle sobre a independência e a imparcialidade do juiz, não só no âmbito institucional, mas, acima de tudo, no plano concreto, bem como sobre a legalidade das decisões, ou seja, que o magistrado, ao optar por uma orientação, tanto em relação às questões de fato, quanto em relação às de direito, apegou-se ao *espírito* da lei, declarando, na relação jurídica material, a norma concreta que deve regulá-la, sem nos esquecermos do controle sobre a adequação do julgamento à verdade processual obtida por meio do modelo cognitivo, garantidor, de processo penal (item 5).

Por último, visa o princípio, nesta perspectiva eminentemente política e social, a resguardar toda a amplitude dos direitos de ação, de defesa e, por conseguinte, do contraditório, que deles deflui, direitos que não se resumem apenas ao poder de postular em juízo, mas que se desdobram na possibilidade de produzir provas, de deduzir razões e de receber do órgão jurisdicional a devida valoração dessas atividades; em outras palavras, de influenciar de modo efetivo no processo intelectual de formação do convencimento daquele que está incumbido do dever de decidir,[84] fornecendo-lhe o material necessário ao desempenho do *mister*.[85]

E não há outro meio de exercer tal controle, quer em seu aspecto difuso, i.e., pelo povo, quer em sua perspectiva concentrada, i.e., pelas partes, senão conhecendo das razões pelas quais o juiz decidiu de tal ou qual maneira. Pode-se asseverar, portanto, com tranqüilidade, que uma das maiores virtudes do dever de motivar o ato decisório é a de impedir, ou de reduzir ao mínimo, o arbítrio judiciário, consistente em resolver o conflito lastreado em elementos de convicção não conhecidos pelas partes ou que *não guardem relação com o fato da vida levado ao processo.*

Sob este prisma, mostram-se insuficientes para atender aos reclamos dos novos postulados, a obrigação de motivar apenas as decisões passíveis de impugnação, e a justificação formal facultativa do julgado.

Para finalizar este item, diante do que se expôs, tenho que delineia-se, desde

(84) Sobre a função jurisdicional como dever do Estado, confira-se MESQUITA, *op. cit.*, p. 89 *et seq.*

(85) TARUFFO. *Il Significato...*, *op. cit.*, p. 42-4; GRINOVER, *op. cit.*, p. 34-5; Tucci, *op. cit.*, p. 262-3; ARAÚJO CINTRA, *op. cit.*, p. 120-2; MOREIRA, *op. cit.*, p. 87-8.

logo, a absoluta impossibilidade de sustentar a recepção e, por conseguinte, a validade da norma do art. 493 do CPP frente ao artigo 93, IX, da CF em vigor, que consagrou às expressas o princípio do dever, atribuído a todo o Poder Judiciário, de motivar qualquer provimento jurisdicional de conteúdo decisório. Este dispositivo constitucional, aliado aos seus corolários acima expostos, fixa negativamente os limites materiais de todas as normas jurídicas abrigadas nos planos inferiores da pirâmide do ordenamento, sejam elas gerais e abstratas (*e.g.*, lei), sejam específicas e concretas (*e.g.*, decisão jurisdicional), determinando-lhes a produção e condicionando a sua validade à observância desses limites.

Sustentar a subsistência do apontado art. 493 no ordenamento jurídico, creio ser possível apenas invertendo a estrutura escalonada do Direito e subvertendo a hierarquia existente entre as normas deste sistema, colocando, por assim dizer, o Código de Processo Penal como produtor da Constituição Federal e, sob enfoque inverso, a Constituição Federal como executora do Código de Processo Penal. Desnecessário, por certo, ressaltar a impropriedade desta metodologia, posto que passaríamos a discutir a *legalidade da Constituição*, ao invés da *constitucionalidade das leis*.[86]

Se a limitação da motivação às partes processuais e ao juízo de superior instância já se mostra plenamente insuficiente para atender aos reclamos do Estado de Direito, preconizar a validade de uma norma que vai além, i.e., que proíbe o juiz de motivar, ainda que seja ele leigo, encontra óbices intransponíveis nos fundamentos do Estado, da jurisdição e, acima de tudo, no próprio Direito Processual Constitucional, seja ele civil, eleitoral, trabalhista, militar ou penal.

(86) As expressões em grifos são de J. J. Gomes CANOTILHO. *Direito Consitucional, op. cit.*

8. Motivação, Estado de Direito e atividade jurisdicional

Pois bem, muito se falou até aqui que a motivação, na concepção extraprocessual, surge como produto natural do Estado de Direito. Oportuno, portanto, traçar, neste ponto do trabalho, algumas considerações a respeito, aproveitando-se o ensejo para abordar o tema da legitimidade da atividade jurisdicional, que, como se verá, não se esgota e não se resolve pela aprovação popular do provimento, exigindo um outro fator: a adequação da decisão à verdade processual.

Proveniente da ideologia democrática de justiça que aflora sobretudo no iluminismo e se manifesta, em especial, na Revolução Francesa,[87] essa última perspectiva da obrigatoriedade de motivação apresenta-se-nos senão como fruto dos postulados ideológicos de uma concepção de Estado que surgia em oposição ao então vigorante, de perfil absolutista: o Estado de Direito.

Surge como imposição inerente a um poder político que se submete integralmente à lei, a qual, por sua vez, assume, presumidamente, dignidade de repositório dos interesses públicos propriamente ditos, dos interesses da sociedade tida como um todo,[88] i.e., de expressão da vontade popular, cujo poder se manifesta através de representantes escolhidos na forma da lei.

(87) TARUFFO. *Il signiticato..., op. cit.*, p. 38.

(88) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 30: entende-se por interesses públicos primários (ou propriamente ditos), aqueles titularizados pela comunidade como um todo, i.e., os interesses consagrados em lei como públicos; por interesses públicos secundários tomam-se aqueles afetos à pessoa jurídica de direito público, pelo só fato de possuir personalidade jurídica, abstraindo-se a sua natureza de gestora dos bens comuns.

É obrigação à qual corresponde um direito titularizado não só pelas partes do processo mas por todos aqueles que se encontram sujeitos à ordem jurídica, eis que emana de um Estado que agora se legitima não pela forçada injunção do poder, mas pela consonância de seus atos com o interesse público primário, consagrado em lei; que se justifica pela adequação da sua administração com a vontade popular, sua base de poder.

O mesmo se diga quanto ao plano jurisdicional, que, nesse contexto histórico, político e ideológico, busca legitimação não mais no autoritarismo, mas, dentre outros fatores (como se verá), na aprovação dos seus provimentos pela vontade popular, consentimento que, como é fácil perceber, só pode ser dado a partir do momento em que se conhece as razões de fato e de direito que levaram o magistrado a se orientar a favor de determinada pretensão, em detrimento de outra.

Claro que ao me referir à *vontade popular*, quero designar não a vontade de um determinado segmento social, como por exemplo de uma classe operária ou patronal, dos moradores de um bairro ou de uma cidade, ou dos pertencentes a uma determinada etnia, mas à vontade de toda a coletividade, àquela vontade positivada em lei, por meio da atividade legislativa, como interesse público primário, o qual se mostra atendido sempre que o espírito dessa lei é observado no caso concreto.

A obrigação de demonstrar as razões de decidir, na conotação extraprocessual (item 7), nasce, portanto, da saturação dos regimes despóticos, com a passagem aos regimes democráticos. No plano jurisdicional, o dever de motivar as decisões, tanto aos jurisdicionados em ato, quanto aos em potência, surge da necessidade que tem o Estado-juiz de se justificar perante as partes e perante o povo (agora fontes do poder), a fim de lograr as respectivas aprovações, em busca de legitimidade para a sua atuação.

Ao exercer a jurisdição, o Estado, por meio de juiz legalmente investido no poder e, sobretudo, competente para desempenhá-lo, o faz desligado dos interesses substanciais postos à base do processo, em substituição aos titulares dos interesses em conflito, os quais não podem, espontaneamente, resolver a controvérsia, posto que vedada a autotutela.

É exatamente neste ponto da vedação da autotutela, i.e., na subtração, operada pelo Estado, às partes da relação jurídica material, do poder de dirimir direta e pessoalmente seus litígios substanciais, que reside a razão de ser da atividade jurisdicional, a qual, substituindo-as, aplica ao conflito da relação da vida o direito material, com o objetivo de dirimir a contenda a fim de assegurar a autoridade da ordem jurídica e a paz social.[89]

Assim, desempenhando a jurisdição não para si, mas para as partes e para o próprio corpo social, interessado na tranqüilidade das relações entre os seus integrantes, aflora para o juiz, naturalmente, o dever indeclinável de prestar contas integral e satisfatoriamente do serviço realizado. Daí o despautério de se conviver, no sistema, com decisões cujas razões são secretas.

Oportuna, diante do que se disse, a transcrição da lição de Tartuffo:[90]

(89) Entretanto, se levarmos em conta a severa crítica feita por Zaffaroni de que o Direito Penal não se presta à solução de qualquer conflito que seja, dada a *estrutural* deslegitimação do sistema penal (*op. cit., passim*), torna-se extremamente complicada a questão da busca da pacificação social através do processo, já que sempre se estará aplicando um direito que, ao invés de solucionar uma contenda, na melhor das hipóteses servirá para reduzir a um limite tolerável a violência de um sistema ilegítimo, tal qual a proposta de um *Direito Penal Mínimo*.

(90) TARUFFO. *Il significato ...*, *op. cit.*, p. 41.

L'obbligo costituzionale di motivazione nasce infatti dalla crisi dello Stato persona, autocratico ed estraneo rispetto alla società civile, e dal conseguente affermarsi del principio per cui la sovranità spetta al popolo. Sul piano della giurisdizione, ciò significa che la giustizia non è più una manifestazione della volontà del sovrano, o del Führerprinzip, ma risulta dall'esercizio di un potere che il popolo ha delegato al giudice.

(...) Il passaggio dallo Stato assoluto, o - in epoca moderna - dallo Stato autoritario o totalitario, allo Stato democratico di diritto, implica la fine del potere assoluto e occulto dello Stato. Nello Stato democratico di diritto il potere non è assoluto, e soprattutto non è occulto: al contrario, vige il principio di trasparenza, o di "maximale Diskitierbarkeit" dell'esercizio potere, dato che la sua legittimità non è più fondata sul principio di autorità, ma sulla legittimazione democratica. (...).

Sul piano della giurisdizione, ciò significa che il provvedimento del giudice non si legittima in quanto esecizio di autorità assoluta, ma in quanto il giudice renda conto del modo in cui esercita il potere che gli è stato delegato dal popolo, che è il primo e vero titolare della sovranità. Donde l'obbligo di giustificare la decisione, che risponde sia alla necessità di dimostrarne la fondatezza in fatto e in diritto, sia alla necessità di permettere che tale fondatezza sia diskutierbar, cioè sia controllabile dall'esterno in modo diffuso. (...)

Diante disto, sempre foi corrente na doutrina mais autorizada, podendo-se conferir entre nós em José Carlos Barbosa Moreira[91] e em Ada Pelegrini Grinover,[92] e no estrangeiro, na doutrina alemã, a assertiva de que a obrigatoriedade geral de motivar todas as decisões, inclusive as de natureza administrativa, como interesse público primário, a fim de garantir o controle popular, i.e., difuso dos provimentos, decorre dos postulados ideológicos do próprio Estado Democrático de Direito, por nós adotado no art. 1.º da CF.

Decorre, também, da natureza da atividade jurisdicional, que guarda razão de ser na proibição a que o Estado submete os membros da sociedade civil, de dirimir diretamente seus litígios, devendo resolvê-los por intermédio do Estado-juiz.

Este, por chamar para si o monopólio da solução dos conflitos, tem o dever inafastável de bem desempenhar o serviço jurisdicional, que é função,[93] e, por conseguinte, de prestar contas da sua atuação àqueles que são obrigados a dele se socorrer, pois, como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, *função* nada mais é que "dever de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*".[94]

Estes os motivos pelos quais sempre se extraiu a conclusão lógica de que, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro houvesse silenciado a respeito, a motivação de todo e qualquer provimento de conteúdo decisório, jurisdicional ou administrativo, seria, assim mesmo, indispensável, *como princípio implícito de*

(91) MOREIRA. *Op. cit.*, p. 84 e 93.

(92) GRINOVER. *Op. cit.*, p. 34.

(93) Ver, neste particular, Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, *op. cit.*, p. 113: "...resta, agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função* e *atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete."

(94) MELLO. *Op. cit.*, p. 29.

natureza constitucional decorrente do regime político e dos princípios adotados pela nossa Carta Maior, graças à norma de extensão do art. 5.º, § 2.º, tradicional em nosso Direito Constitucional.[95]

Dentro desta perspectiva, mostra-se, com razão, de pouco fundamento a tese que procura justificar a desnecessidade de os juízes leigos, integrantes do Conselho de Sentença, motivar as suas decisões lançando mão do princípio de que as mesmas são soberanas.

Em primeiro lugar, porque a obrigação de motivar não se mostra, em qualquer aspecto, incompatível com a soberania das decisões do Conselho de Sentença, a qual, como se viu, tem conceito bem definido na doutrina e se resume a um problema de competência funcional (item 4).

Em segundo, porque é previsto no próprio Código de Processo Penal, art. 593, III, *d*, recurso de apelação, no mérito, de decisões do Conselho de Sentença, podendo o tribunal, entendendo-as manifestamente contrárias às provas dos autos, cassá-las e determinar novo julgamento por outro Conselho.

Em terceiro e último lugar, e talvez seja este o motivo mais importante, porque tal entendimento somente se coaduna com o enfoque tecnicista, endoprocessual da razão de motivar, característica dos regimes autoritários, incompatível com as exigências de um Estado que se submete integralmente à lei e que exige, no âmbito jurisdicional, o controle da adequação dos julgamentos a essa legalidade.

Mas não é só. Se esse quadro não deve e nem pode ser de todo refutado, ou seja, se não podemos simplesmente negar que o dever de motivar as decisões, com fins extraprocessuais, é produto ideológico do Estado de Direito, e que esse Estado, como Estado que se justifica perante o povo, verdadeiro titular do poder soberano, tem aquele dever como um fator de legitimação, o certo é que, diante do que se disse adrede (item 5) a respeito do modelo processual cognitivo e da verdade processual, por meio dele obtido, como fundamento de validade e de legitimidade da jurisdição em seu sentido mais restrito, as assertivas acima não mais explicam todo o problema da legitimidade da atividade jurisdicional. Outro fator há de ser considerado: a adequação da decisão à verdade processual.

Por certo que, segundo as concepções do moderno Estado de Direito, nenhum poder público, qualquer que seja ele, extrai sua legitimidade da autoridade do agente que exerce o poder, como era em tempos absolutistas. Se autoridade existe, se poder é exercido, como de fato acontece, autoridade e poder são meros instrumentos utilizados para a consecução de um fim que é externo ao Estado: o interesse público propriamente dito, o interesse do corpo social.

Assim, a legitimidade deste exercício de poder está, e isso não se pode contestar, na consonância com a vontade social. Daí porque adjetivada por Ferrajoli de representativa ou consensual.[96]

Todavia, se este é o grande fundamento de legitimidade dos poderes Executivo e Legislativo, políticos por natureza, tratando-se de atividade jurisdicional, em seu sentido estrito, garantista, cognitivo (item 5), a afirmação não se mostra de todo exata. Não se duvida que a aprovação popular dos julgamentos é importante fator a conferir legitimidade à jurisdição, especialmente quando se deve

(95) Art. 5.ª, § 2.º, da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

(96) FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 542-6.

entender *vontade popular* como vontade da coletividade como um todo, consubstanciada em lei. Todavia, tendo em vista as peculiaridades da jurisdição, é certo que apenas o consenso não resolve o problema apresentado.

Para tanto, deve-se considerar outro elemento, qual seja, aquela verdade mínima, relativa, de que fala o autor supramencionado,[97] obtida segundo paradigmas rigorosos de exploração da realidade, ou seja, mediante um processo informado por garantias que, ao lado das garantias penais, tutelam a higidez da liberdade individual frente ao arbítrio estatal (e.g., contraditório, inadmissibilidade de provas ilícitas, presunção de inocência até o trânsito em julgado de condenação penal, motivação e publicidade das decisões etc.), paradigmas que conferem a esta verdade caráter objetivo, tornando-a passível de verificação e de impugnação.

Dado que a jurisdição penal incide diretamente sobre a liberdade individual, de locomoção ou patrimonial, será de pouca valia, para a garantia dessa liberdade e para o respeito à dignidade do seu titular, que o ato judicial seja premiado com a aprovação popular, caso a decisão venha a se sustentar sobre uma *falsa verdade*.

Como escreve Ferrajoli:[98]

No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político – del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública – puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o vice-versa.

Mas não é só, pois de nada adiantaria toda essa preocupação com a obtenção de uma verdade processual empiricamente controlável se ao juiz fosse dado desprezá-la no momento de decidir, tomando como base fática para a aplicação do direito à espécie, outra *verdade*, ou melhor, uma falsa verdade, como não é raro, se verifica no Tribunal do Júri, no qual inúmeras vezes são tomadas como razão da convicção do jurado, circunstâncias absolutamente dissociadas da conduta supostamente ilícita que se imputa ao réu, como são os casos, e.g., de crimes passionais, em que a supremacia quantitativa de representantes do mesmo sexo do acusado no Conselho de Sentença exerce enorme influência sobre o resultado do julgamento, tal como se pode conferir nas constatações de Sérgio Adorno.[99] Em outra passagem, o mesmo autor assevera:[100]

"Não menos importante é o desempenho do corpo de jurados. Encarregados da soberana tarefa de julgar, podem olhar os fatos a partir de cima e avaliar o maior ou menor ajustamento dos personagens a modelos de comportamento considerados legítimos e naturais, como sejam o de pai provedor do lar, boa esposa, filho pródigo, vizinho solitário. *É desse maior ou menor ajustamento que parecem extrair as razões para condenar ou absolver.*" (grifei)

Justamente para evitar esses gravíssimos desvios é que se faz necessária a

(97) FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 540-2.

(98) FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 544.

(99) ADORNO. *Op. cit.*, p. 144.

(100) ADORNO. *Op. cit.*, p. 140.

entrada em cena do dever de motivar. É esta injunção legal que, ao exigir do juiz a exposição das razões de fato e de direito de decidir, obriga-o a se ater ao resultado da atividade processual, forçando-o, por conseguinte, a aplicar a norma adequada à situação da vida cristalizada nos autos.

Assim, conclui-se que a motivação das decisões constitui, com efeito, fator de legitimação da jurisdição enquanto dá ao povo conhecer das razões de decidir, não porque possibilita a obtenção da concordância popular mas enquanto torna viável o controle sobre o atrelamento da atividade intelectual do juiz à verdade obtida por meio do modelo processual cognitivo, isolando a decisão, ao máximo, da subjetividade e das concepções unicamente pessoais de quem julga.

9. Motivação: conteúdo mínimo indispensável

Cumprido o desiderato de traçar o perfil ideológico tradicionalmente atribuído ao princípio da motivação, salientando-se a sua dimensão política, extraprocessual, especialmente delineada nos textos constitucionais do pós-guerra, cumpre-nos, agora, dispensar algum tempo ao conteúdo que o princípio deve ostentar, a fim de desempenhar as finalidades a que se propõe.

Temos, pois, o conteúdo deste princípio, como algo imediatamente condicionado pela concepção ideológica que se atribui à motivação,[101] a qual varia de ordenamento para ordenamento, conforme a sua função dentro do sistema jurídico.

Conforme Amodio, característica marcante dos ordenametos que conferiam à motivação, função meramente endoprocessual, era a simples enunciação, quanto ao juízo de fato, do resultado da sua averiguação. Dispensava-se o julgador do dever de apreciar as provas produzidas e as razões, a elas relativas, deduzidas. Quanto ao direito, bastava, para se ter como motivada a decisão, a remissão ao texto legal tido como aplicável, sem se exigir a exposição das razões que levaram o julgador a conferir aos fatos determinada conseqüência jurídica, em detrimento de outras tantas possíveis.[102]

Em seguida, o ilustre autor formula questão que bem sintetiza a preocupação central deste estudo:

"Com esse singelo conteúdo estaria a motivação apta a cumprir a sua missão de instrumento de limite ao arbítrio judiciário; não estaria o juiz livre para, de um lado, manipular o fato de modo a fazê-lo subsumir-se ao modelo normativo de conduta previamente eleito e, por outro, de asseverar que a lei diz exatamente aquilo que lhe é cômodo que diga?"

Nas palavras do autor: *Viene anzitutto da chiedersi, però, se ridotto a queste scheletriche dimensioni l'apparato giustificativo dei provvedimenti giurisdizionali sarebbe ancora in grado di assolvere quella funzione di baluardo contro l'arbitrio giudiziale tradizionalmente considerata ad esso peculiare nelle finalità del disposto costituzionale. Esonerato dall'assumere ogni atteggiamento critico in rapporto alle prove ad alle norme, il giudice rimarrebbe libero da um lato, di manipolare il fatto in maniera tale da farlo rientrare nella fattispecie normativa preventivamente prescelta, dall'altro, di asserire apoditticamente che la legge dice esattamente ciò che gli fa comodo che dica. È possibile che la Costituzione abbia voluto accordare una garanzia che si riduce ad una vera finzione?*[103]

(101) TARUFFO. *La motivazione.., op. cit.*, p. 412-3.

(102) AMODIO. *L'obbligo..., op. cit.*, p. 452.

(103) AMODIO. *L'obbligo..., op. cit.*, p. 453.

É certo que a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 93, IX, limita-se a prescrever que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões...". Não se preocupou o legislador constituinte, e com razão, em dizer o que se entende por fundamentação, i.e., em deixar claro qual o conteúdo que deve ter o discurso jurisdicional para que se possa considerar atendido o princípio constitucional.

Todavia, a doutrina nacional, acompanhando séculos de evolução ocorrida na Europa, e, portanto, sensível à finalidade político-jurídica da obrigação de motivar, não se contenta em limitar o conteúdo da motivação à mera enunciação do resultado da pesquisa dos fatos, e, quanto ao direito, à simples menção do dispositivo legal considerado aplicável, ou à singela transcrição do texto deste dispositivo.

Vai bem mais longe a nossa doutrina, a exigir a substancialidade da fundamentação, em contraponto ao seu aspecto formal. Isto implica dizer que para se ter como motivada uma decisão, o juiz, ao prolatá-la, deve enfrentar concretamente as provas produzidas, com a subseqüente exposição dos critérios de avaliação, bem como é seu dever analisar as alegações ofertadas pelas partes, explicitando as derradeiras razões que o levaram a decidir de uma determinada maneira, com prejuízo de outras em tese possíveis.[104]

Para se afirmar, portanto, motivada a decisão judicial, *possibilitando* o controle geral sobre a atividade jurisdicional, é preciso que o juiz, no dizer de Taruffo, exprima as escolhas realizadas, bem como os critérios para tanto empregados, os quais o conduziram àquela concreta solução da causa.[105]

Desta forma, no que concerne à decisão das questões de direito, é imprescindível aos fins políticos do princípio em tela, considerado em sua perspectiva extraprocessual, como instrumento de controle do arbítrio judiciário,[106] que o discurso justificativo do julgador ostente, conforme a clássica lição do autor supracitado:

a) la scelta della norma o delle norme che il giudice ritiene applicabili al caso concreto; b) la scelta della interpretazione di tali norme che si ritiene più valida in rapporto alla singola fattispecie; c) la scelta inerente alle conseguenze che derivano dall'applicazione della norma a tale fattispecie.[107]

Creio que isto é bastante para evidenciar a absoluta insuficiência da fórmula sempre utilizada, de indicar, na pretensa justificação do *decisum*, o dispositivo legal incidente sobre a situação da vida levada ao processo, ou então, de repetir os termos da lei. Esse vício constitui, como muito bem constatou Magalhães Gomes Filho, grave erro lógico no desenvolvimento do trabalho intelectual do

(104) Nesse sentido, NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 1996. p. 167 *et seq.*; GOMES FILHO. *Op. cit.*, p. 79-82; GRINOVER. *Op. cit.*, p. 34-6.

(105) TARUFFO. *Il significato..., op. cit.*, p. 44 *et seq.*

(106) Assim também Enrico Tullio Liebman, ao escrever que a "história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão", asseverando, em seguida, que um "momento bastante importante desse movimento histórico é o que diz respeito à exigência de que o juiz motive a sentença". Do arbítrio à razão; reflexões sobre a motivação da sentença. *RePro*, 29/79-81, especificamente, p. 79.

(107) TARUFFO, *Il significato..., op. cit.*, p. 44-5.

juiz, vez que este dá por provado aquilo que lhe incumbia demonstrar.[108]

Entretanto, basta para o desfecho desastroso da controvérsia sobre a matéria jurídica, uma equivocada ou mesmo arbitrária apreensão da realidade fenomênica pesquisada através do processo, o que nos habilita a afirmar a relação de prejudicialidade existente entre questão de fato e questão de direito, segundo a qual o acerto da decisão quanto ao direito pressupõe necessariamente uma prévia e correta tomada de posição pelo julgador quanto aos fatos. A errônea determinação destes é condição suficiente para que a solução final dada ao caso concreto mostre-se completamente dissociada da realidade à qual se dirige, afigurando-se incapaz de satisfazer os escopos da tutela jurisdicional.[109-110]

A afirmação reveste-se do necessário rigor quando se considera que, tratando-se de Poder Jurisdicional, a legitimidade do seu exercício não se reduz à aprovação popular, mas à adequação da sua mais importante manifestação, qual seja, a tutela jurisdicional, à verdade obtida através do devido processo legal (itens 5 e 8).

Como é intuitivo, para que se outorgue quer aos que atuam no processo como parte, quer ao corpo social, que também sofrerá os efeitos da atuação jurisdicional, condições efetivas de exercer o controle sobre o acerto da reconstrução dos fatos objeto da prova, faz-se irremediável, consoante Taruffo, justificar-se:

a) la scelta degli elementi probatori ritenuti rilevanti; b) la valutazione dell'efficacia dei mezzi di prova; c) la ricostruzione del factum probandum sulla base delle prove acquisite al giudizio.[111]

Ou, como na lição de Amodio: "Origine storica e ratio, esperienze legislative recenti e senso comune corroborato dalla prassi, concorrono a far concepire l'obbligo di motivazione in fatto nella sua dimensione costituzionale *come dovere del giudice di indicare i mezzi di prova ed esprimere le valutazioni probatorie su cui si fonda la ricostruzione del fatto ritenuto giuridicamente rilevante.*" (grifos meus)[112]

Não basta, pois, aos modernos escopos ideológicos do princípio da motivação anteriormente apontados, a singela enunciação do resultado da atividade probatória. Faz-se necessária a análise específica das provas produzidas, das alegações a elas relativas formuladas pelas partes e dos critérios empregados na sua valoração, procedimento sobre o qual se funda a reconstrução da situação juridicamente relevante, da qual se extrairá a conseqüência jurídica que culminará na decisão do caso concreto.[113]

(108) GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 82.

(109) No sentido do texto, TARUFFO. *Il significato...*, *op. cit.*, p. 45.

(110) Neste sentido, a lição de Amodio, ressaltando a indispensabilidade de uma adequada motivação quanto aos fatos para uma correta decisão das questões de direito: *"Tutto ciò non autorizza a ritenere che la Costituzione richieda la sola motivazione in diritto, consentendo di ridurre la parte in fatto all'enunciazione del risultato dell'accertamento: l'esclusione della valutazione delle prove, invertendo una direttrice storica chiaramente individuabile nell'evoluzione degli ordinamenti processuali europei, svuoterebbe l'obbligo di motivare di ogni significato garantistico. Il dovere di dar conto della fonte normativa che giustifica il provvedimento, perde ogni valore quando il giudice può manipolare le risultanze processuali ed adattare, senza timore di alcun controllo, il fatto alla norma così da mascherare l'arbitraria applicazione della legge". Motivazione...*, *op.cit.*, p. 189.

(111) TARUFFO, *Il significato...*, *op. cit.*, p. 45.

(112) AMODIO. L'obbligo..., *op.cit.*, p. 456.

(113) No sentido do texto, CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona.* 2.ª ed.

A fim de evitar conclusões apressadas e interpretações equivocadas, é oportuno ressaltar, desde já, que advogar a adequação do conteúdo do discurso de justificação da decisão jurisdicional às finalidades extraprocessuais do art. 93, IX, da CF não significa defender a simples alteração do seu estilo (do discurso de justificação), o que poderia reduzir o problema a um prisma meramente quantitativo, certamente insuficiente aos objetivos da citada norma constitucional. Interessa, portanto, enfrentar a questão em seu aspecto qualitativo.[114]

Já se afirmou que adequada é a motivação cujo conteúdo permita o exercício do controle interno e externo sobre a vinculação da decisão à verdade do processo e à legalidade.

Isto, todavia, não implica dizer que as razões de decidir do juiz devam seguir as regras da lógica formal, nem, por outro lado, que devam adotar a forma de um discurso retórico, persuasivo;[115] como salientado, o que se procura com a motivação não é exatamente a aprovação dos termos da decisão pelas partes e pela vontade de grupos sociais (embora sejam estas, finalidades absolutamente justas), mas a clara demonstração de que a tutela jurisdicional coaduna-se com a legalidade e com a verdade retratada nos autos do processo, o que lhe confere legitimidade.

Falar de motivação completa, adequada como instrumento de controle do poder de quem julga, não significa sustentar que ela deva ser extensa, complicada, prolixa, perfeita sob o aspecto retórico, mas nem sempre idônea no plano justificativo;[116] motivação completa, em outras palavras, não exclui a fundamentação clara e sintética, ao contrário, a prefere sempre que possível.

Portanto, pode-se concluir que para a motivação desenvolver eficazmente as finalidades políticas e ideológicas que se lhe tem atribuído, deve ela ostentar conteúdo suficiente a demonstrar que o juiz, ao resolver a questão levada ao seu conhecimento, enfrentou todos os pontos controvertidos e relevantes do caso concreto, i.e., que apreciou as razões deduzidas pelas partes, que analisou as provas produzidas, que se utilizou de critérios idôneos na sua avaliação, que considerou as normas aplicáveis e que as interpretou corretamente, levando em conta as conseqüências fáticas e jurídicas da sua escolha.

Para isso, é suficiente que na fundamentação o julgador seja congruente e coerente na exposição da sua atividade intelectual, primando pelo uso correto das linguagens comum e jurídica.[117]

10. O conteúdo inadequado da motivação como fator de arbitrariedade da jurisdição leiga

Evidenciando sua opção pelo modelo técnico, endoprocessual do princípio da motivação, o qual, por voltar-se a finalidades internas do sistema comporta uma série de limitações (item 6), o Código de Processo Penal não exige dos membros do Conselho de Sentença, a fundamentação que, por outro lado, impõe aos juízes de direito no art. 381, III; coerente com o sistema adotado, ao Código de Proces-

Milano: Giuffrè, 1982. v. 2, p. 74-5: *Va d'altronde precisato che, nella parte in fatto, non dovrebbe essere sufficiente l'enunciazione, pura e semplice, di dati che il giudice ritenga dimostrati, ma sembra logico che* essa comprenda anche *l'esposizione delle prove e dei relativi criteri de valutazione.*

(114) TARUFFO. *La motivazione..., op. cit.*, p. 452.

(115) TARUFFO. Il significato..., *op. cit.*, p. 47; Ver também, *La motivazione..., op. cit.*, p. 451-3.

(116) TARUFFO. *Il significato..., op. cit.*, p. 49; *La motivazione..., op. cit.*, p. 452-3.

(117) TARUFFO. *Il significato..., op. cit.*, p. 48.

so Penal basta que os jurados respondam *sim* ou *não* aos quesitos formulados pelo juiz presidente (art. 493, do CPP).

Assim como no júri da *common law*, tais decisões são efetivamente carentes de motivação,[118] vinculando-se os jurados apenas ao dever de enunciar o *resultado* da sua atividade intelectual (i.e., de prolatar a decisão), pelo que impera nesse sistema, quanto ao momento da avaliação da prova, o arcaico princípio da íntima convicção do órgão julgador, consoante o qual o voto dos membros do Conselho "pode ir além do afirmado e provado".[119]

Fácil perceber, portanto, a excessiva e certamente perniciosa liberdade de atuação conferida aos juízes leigos para decidir sobre a relação jurídica material penal, i.e., a respeito da prevalência ou não do direito de liberdade do acusado sobre a pretensão estatal.

Esse sistema, ao desobrigar o julgador de demonstrar a consonância da sua decisão com a verdade obtida pela atividade contraditória, dialética, das partes, extingue qualquer fronteira porventura existente entre a discricionariedade e a arbitrariedade na atividade jurisdicional, possibilitando aos integrantes do Conselho manipular os fatos e o direito como melhor lhes aproveite, julgando o fato da vida a eles apresentado, consoante critérios puramente subjetivos, pessoais e, quando não, formar o seu convencimento a partir de elementos não só estranhos aos autos, mas estranhos, inclusive, ao ilícito que ao acusado se imputa. Faz, em outras palavras, dada a natureza instrumental do dever de motivar adequadamente, letra morta os princípios garantidores de um Direito Penal da liberdade, em especial, o princípio da estrita legalidade; torna inútil o mero exercício de retórica, os princípios fundamentais de um modelo processual penal acusatório, garantista.

Constatando empiricamente a assertiva do texto, Sérgio Adorno:[120]

"A criação judiciária contém igualmente um peso não desprezível de incontáveis preconceitos que grassam sobre a população suspeita de ser perigosa e violenta. ... . Conversas informais com promotores públicos e magistrados permitem identificar três dessas teorias: a dos três pês, a do MIB e a da nordestinidade. Pela primeira, réus são recrutados entre pobres, pretos e prostitutas. Pela segunda, o que leva as pessoas a delinqüir são a miséria, a ignorância e a bebida. Pela terceira, os réus e vítimas são infelizes migrantes nordestinos que não conseguem se adaptar aos padrões civilizatórios da metrópole. O quanto essas teorias contaminam a condução dos processos é difícil aquilatar. Certo ou não, elas configuram um campo de convicções, crenças e certezas no qual a realidade social pode ser classificada e codificada sob a lógica e o discurso jurídicos."

Em outra passagem, conclui o autor:[121]

"Assim, se os jurados não são indulgentes para com os crimes, como à primeira vista se poderia supor, parecem arbitrários na aplicação do juízo. Se o princípio da soberania popular no interior da justiça criminal afigura-se sustentável, *o seu modo de funcionamento não está isento de certa margem de alvetrio* [sic] *que pode, no limite, redundar em flagrantes injustiças*." (grifos meus)

(118) Ver neste aspecto específico, AMODIO. *L'obbligo...*, *op. cit.*, p. 461.

(119) As palavras entre aspas são de PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. 2.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 4, p. 402.

(120) ADORNO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 140.

(121) ADORNO. *Op. cit.*, p. 143.

Esta postura, permitida pela sistemática do Código de Processo Penal, funciona, ao dar ensejo a julgamentos orientados por concepções pessoais, como importante fator de insegurança social, mercê do descrédito e da deslegitimação do sistema penal que ocasiona, a gerar nos membros da sociedade o medo de serem vítimas da arbitrária seletividade do sistema, que os *escolhe* para ser punidos não em razão da conduta que praticaram, mas em virtude de outros fatores certamente estranhos a ela.

Grosso modo, é possível afirmar que a segurança do corpo social compõe-se de dois elementos: (a) objetivo, consistente no respeito à autoridade da ordem jurídica; (b) subjetivo, caracterizado pelo reconhecimento e consciência social acerca da realidade do primeiro elemento.[122-123]

Assim, pode-se dizer que a segurança social caracteriza-se pela certeza, tanto objetiva, quanto subjetiva, de que as *regras do jogo*, consubstanciadas nas prescrições estabelecidas em lei, em especial, na Constituição, serão de fato respeitadas e observadas; e pela certeza, objetiva e subjetiva, de que, se violadas essas regras, a ordem jurídica será efetivamente restaurada, e punido o verdadeiro infrator.

(122) Conquanto os eventuais equívocos cometidos sejam de minha inteira responsabilidade, as considerações ora feitas são fruto de diálogos com Fauzi Hassan Choukr, que, através das suas investigações, apontou-me um norte no trato da matéria, bem como das aulas de criminologia ministradas por Sérgio Salomão Shecaira, no curso de graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

(123) Em sentido muito semelhante ao do texto, Gaetano Filangieri, ao tratar da liberdade política do cidadão, para ele constituída da segurança e da opinião quanto a esta segurança, as quais só poderiam ser obtidas com o respeito, pelo cidadão, aos deveres legais. *op. cit.*, p. 240-1.

Nesta perspectiva, o arbítrio, sobretudo na atividade jurisdicional, cuja função é exatamente a de garantir a autoridade da ordem legal, reparando a sua violação,[124] atua como fator de descrédito desta ordem e, conseqüentemente, de potencialização da insegurança do corpo social, com todos os efeitos negativos que dela decorrem,[125] pois, como observa Filangieri, "o que é arbitrar senão dispensar, ou ao menos modificar, aquilo que a lei ordena".[126]

11. Júri e Constituição: necessidade de adequação; conclusões

Finalmente concluindo, é certo que, diante do exposto, a atual organização do Tribunal do Júri, no que concerne à carência de motivação das decisões do Conselho de Sentença, encontra na Constituição óbices intransponíveis.[127]

(124) Note-se que a ordem jurídica será violada tanto em caso de ofensa, quanto na hipótese de ameaça à integridade de um bem juridicamente protegido, hipóteses às quais correspondem, respectivamente, a tutela reparatória e a tutela preventiva, tanto que a Constituição garante o acesso à justiça em ambas as situações: de lesão ou de ameaça a direito (Art. 5.ª, XXXV, da CF).

(125) Sobre os efeitos nocivos da desconfiança no sistema penal, Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 55-8, em especial, p. 56, de onde se podem extrair alguns exemplos: alteração dos hábitos e estilo de vida da população; comportamentos sociais insolidários; elaboração de políticas criminais drásticas, de rigor desnecessário, pouco eficazes e voltadas para certas minorias; adoção de meios de autoproteção, com toda a "sorte de excessos defensivos fora da lei e das instituições".

(126) FILANGIERI. *Op. cit.*, p. 241: *"...(poichè cosa è arbitrare, se non dispensare, o almeno modificare quello che la legge ordina?)..."*.

(127) À mesma conclusão chega Ennio Amodio ao analisar o tema à luz do art. 111, § 1.º, da Constituição Italiana. Para o autor, *"...nessun artificio metodologico può con-*

Não vale o argumento, reiteradamente invocado, de que o Júri é instituição especial, peculiar, o que justificaria a redação do art. 493, do CPP. Peculiar ou não, o inegável é que ele é parte integrante do nosso ordenamento jurídico, o qual encontra na Constituição seu fundamento de validade; e não há especialidade que baste para infirmar esse princípio elementar, a não ser outro, de igual ou superior relevância, certamente inexistente neste caso.

Também não vale dizer que a fundamentação elaborada pelo juiz presidente do Júri supre a ausência de motivação dos jurados, por ser a sentença nele prolatada, um ato subjetivamente complexo.[128] Isto porque o Tribunal do Júri caracteriza-se, como salientado anteriormente, pela separação orgânica das funções de decidir sobre o crime e sobre a respectiva autoria, e de aplicar ao caso concreto as sanções legais cabíveis (item 4); a primeira atribuída aos jurados; a segunda, ao juiz togado. Como deveria ser natural, a cada um deles caberia justificar as próprias decisões.

Imperioso, portanto, admitir que a atual Carta Constitucional *não foi* receptiva ao art. 493, do CPP (isso para não dizer que ele também não havia sido recepcionado pelas Constituições anteriores, já que incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, da ação, da defesa e do contraditório), que ficou, por isso, implicitamente revogado, o que nos leva a concluir pela sua inaplicabilidade nos tribunais.

Assim, não há como negar que, tal como estruturado, o Tribunal do Júri ofende a Constituição, quer na parte em que esta impõe ao Judiciário o dever de motivar *todos* os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório (art. 93, IX, da CF), quer na parte em que ela declara ser o regime político brasileiro estruturado consoante os princípios de um Estado Democrático de Direito (art. 1.º, da CF).

Mantido pela Constituição, que fixou os parâmetros mínimos a ser observados pelo legislador infraconstitucional (os quais, como se viu, são perfeitamente compatíveis com a exigência do veredicto motivado; item 4) (art. 5.º, XXXVIII, da CF), o Júri subsiste, com existência garantida ao menos até a próxima Carta, posto que integrante do rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, IV, da CF). Isto torna, ao menos por ora, estéril a discussão sobre a conveniência em se conservá-lo ou não. Deve, todavia, ostentar organização compatível com o corpo de regras e princípios que constitui a base, o fundamento de validade da ordem jurídica nacional: a Constituição; deve, portanto, ser substancialmente reestruturado, para a ela adequar-se.

Como observa Amodio, após ser transplantado, por volta do início do séc. XIX, da *common law* para os sistemas da família romano-germânica, o Júri sofreu inúmeras e significativas modificações estruturais, a fim de adequar-se às peculiaridades e à tradição dos Direitos que o receberam. Esta constatação priva de qualquer significação, eventual resistência, assentada na singular organização do Tribunal do Júri, oriunda do sistema anglo-saxão, à transformação do veredicto dos jurados em uma decisão motivada.[129]

É justo salientar que aqui não se apregoa a imposição pura e simples do

sentire di ridimensionare i confini dell'art. 111 comma 1° Cost. al fine di legittimare il ripristino della giuria. La norma costituzionale esige nella motivazione del provvedimento giurisdizionale l'esposizione delle valutazione probatorie operate per l'accertamento del fatto e ciò non risulta invece nel verdetto dei giurati nella sua classica versione tuttora in vigore nei paesi anglosassoni". L'obbligo..., op. cit., p. 461.

(128) No sentido criticado, TUCCI, *op. cit.*, p. 278-9, com citação bibliográfica.

(129) AMODIO. *L'obbligo..., op. cit.*, p. 462-3.

dever de fundamentar as respostas aos quesitos, eis que tal proposta certamente esbarraria em um obstáculo de ordem técnica: os jurados, leigos que são, não teriam condições de justificar o seu veredicto quanto às questões de direito. Faz-se necessária, portanto, uma reforma estrutural mais ampla do Tribunal do Júri, sem a qual as tentativas de adequar esta espécie de tribunal popular à ordem constitucional seriam desprovidas da eficácia desejada.

Melhor, assim, que fosse redefinida a distribuição da competência entre os jurados e o juiz de direito que preside o julgamento em plenário, reservando-se aos primeiros, a competência para julgar apenas as matérias de fato, *impondo-selhes a indeclinável obrigação de motivar as suas conclusões*, e deixando para o segundo, a resolução das questões de direito e a individualização da sanção,[130] sem que esta estrutura viesse a ofender o disposto no art. 5.º, XXXVIII, *d*, da Constituição, vez que ao Tribunal do Júri continuariam sendo atribuídos os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, apenas com nova distribuição de competência funcional entre os seus órgãos integrantes (membros do Conselho de Sentença e juiz de direito).

Muitos obstáculos terão que ser transpostos, várias dificuldades terão que ser vencidas, para que ao Tribunal do Júri se dê uma estrutura mais adequada aos fins garantidores do Processo Penal concebido pela nossa atual Constituição da República (cognitivo, acusatório); inegável, no entanto, que algo deve ser feito, e, creio eu, que esta cruzada pode ser satisfatoriamente iniciada com a adaptação dos veredictos proferidos pelos integrantes do Conselho de Sentença, ao art. 93, IX, da CF, que impõe a todo o Judiciário a obrigação de motivar os provimentos de conteúdo decisório, acompanhada, claro, das alterações acima apontadas.

Em razão de tais mudanças, a transformação dos veredictos em decisões motivadas não pode ser operada imediatamente, reclamando, assim, modificação da legislação infraconstitucional, precisamente do Código de Processo Penal. Isto torna ainda mais complexa a adaptação do Tribunal do Júri aos postulados ideológicos acolhidos pela Constituição, a exigir do Legislativo e dos operadores do Direito, uma sensibilidade ainda maior em relação ao conteúdo político-jurídico hodiernamente atribuído ao Processo Penal, cuja pedra de toque é a proteção à liberdade e à dignidade do indivíduo que é posto frente ao Estado pela persecução penal.

(130) No sentido do texto, *L'obbligo...*, *op. cit.*, p. 462 e 464.

12. Bibliografia*

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica; as mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista USP*, 21/132-51, mar./maio 1994.

AMODIO, Ennio. La motivazione della sentenza penale. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano: Giuffrè, 1977. v. 27.

———. L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria; a proposito di un recente contributo dottrinale. *Rivista di diritto processuale*, anno XXV (II serie), 3/444-65, luglio-settembre 1970.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos. *Motivo e motivação do ato administrativo*. Dissertação de concurso à livre docência de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; São Paulo, 1978.

ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 9.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

(*) Optou-se por veicular aqui apenas as obras principais. Há outras, utilizadas como referência, que não foram incluídas nesta bibliografia, mas que, por certo, estão citadas nas notas em rodapé inseridas ao longo do texto.

BOBBIO, Norberto. *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica.* 1.ª ed. Torino Giulio Einaudi, 1985 (Trad. Marco Aurélio Nogueira. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990).

———. *Teoria dell'ordinamento giuridico.* 1.ª ed. G. Giappichelli, 1982 (Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: UNB; São Paulo: Polis, 1991).

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona.* 2.ª ed. Milano: Giuffrè, 1982. v. 1 e 2.

DOTTI, René Ariel. A publicidade dos julgamentos e a 'sala secreta' do júri. *RT* 677/330-7, mar. 1992.

FERRAJOLI, Luigi. El juicio. Cuando y como juzgar. In: DERECHO Y RAZÓN, trad. esp. de Perfecto Ibáñez et al, Madrid: Trotta, 1995.

FILANGIERI, Gaetano. Riflessioni Politiche sull'ultima Legge del Sovrano che riguarda la Riforma dell'amministrazione della Giustizia. In: LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE. Milano: Giovanni Silvestri, 1818. v. 6, p. 225-72.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL, São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 17-44.

JARDIM, Afrânio Silva. Bases constitucionais para um Processo Penal democrático. *RePro*, 40/100-8, out./dez. 1985.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre.* Viena: Verlag, 1960. (Trad. de João Batista Machado. *Teoria pura do Direito.* 6.ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão; reflexões sobre a motivação da sentença. *RePro*, 29/79-81.

LUIZ, Gilberto Antonio. A soberania dos veredictos (Art. 5.º, XXXVIII, da CF). *RT*, 715/568-71, maio 1995.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro.* 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MARREY, Adriano. A publicidade dos julgamentos e a 'sala secreta' no júri. *RT* 686/277-9, dez. 1992.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil.* São Paulo, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, segunda série. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83-95.

PELLEGRINO, Laércio. Direitos e garantias individuais na Constituição; sua importância e sua projeção nas normas processuais penais. *RT* 619/261-6, maio 1987.

RAMOS, João Gualberto Garcez. O júri como instrumento de efetividade da reforma penal. *RT* 699/283-8, jan. 1994.

SANTOS JÚNIOR, Carlos Rafael dos. A extinção da sala secreta nos Tribunais do Júri. *AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, 20(58):261-78, jul. 1993.

STOCO, Rui. Crise existencial do júri no Direito Brasileiro. *RT*, 664/250-2, fev. 1991.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, DINAMARCO E WATANABE (Org.) PARTICIPAÇÃO E PROCESSO. São Paulo: RT, p. 37-50.

———. *La motivazione della sentenza civile.* Padova: CEDAM, 1975.

TJADER, Ricardo Luiz da Costa. O Júri segundo as normas da Constituição Federal de 1988. *AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, 20(58):244-60, jul. 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. Garantia da motivação dos atos decisórios penais. In: DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 261-84.

DROGAS – BREVES ANOTAÇÕES NARCÓTICOS – ANESTÉSICOS – ALUCINÓGENOS HIPNÓTICOS – SEDATIVOS – EXCITATIVOS

GERALDO GOMES

SUMÁRIO: 1. Liberação – 2. Legalização – 3. Criminalização – 4. Descriminalização – 5. Prevenção e repressão – 6. Delito de dano e de perigo – 7. Drogas *leves* e *pesadas* – 8. Interação e metabolização – 9. Categorias de infratores – 10. Inimputabilidade e escusabilidade – 11. Inexigibilidade de conduta diversa – 12. Perícias – 13. Laudo toxicológico híbrido – 14. Lei da oferta e da procura – 15. Questões de *lege ferenda*.

1. Liberação

Liberar é tornar, mediante lei, totalmente livre o fabrico, comércio, porte, transporte, uso, plantio, consumação de drogas ainda que perniciosos à saúde pública e ou pessoal. Há quem entenda que o indivíduo tenha absoluta, ampla e total liberdade de auto-intoxicar-se, autodestruir-se, porque o corpo é dele. Ignora que é um ser gregário e que, além de sua vida individual, tem vida familiar, social, profissional. Ora, se não ofende o direito positivo, ofende o direito natural, eis que, como ensina Thiago Sinibaldi,[1] nós não temos domínio sobre nosso corpo, mas apenas posse do mesmo. Assim é intolerável, ante o direito natural e ético, autolesionar-se, autodestruir-se (suicídio). Compreendemos como natural o corte de cabelos e de unhas porque tais elementos crescem de novo e se regeneram. Já a amputação de dedos ou mãos não mais se recuperam a não ser por via artificial de reimplantes – o que não é a mesma coisa –, e desde que não haja rejeição orgânica. Não somos estrelas do mar cujos braços ou tentáculos se refazem e se regeneram por si próprios. Por outro lado, está claro que alpinistas, aviadores, mergulhadores, escafandristas e muitas outras profissões oferecem riscos de vida, mas esses profissionais não aspiram à morte, e sim, à própria sobrevivência. De um israelita ouvimos a observação assaz de bom senso de que temos nosso corpo apenas de *empréstimo*.

2. Legalização

Esta já consiste numa idéia mais restrita, pois lembra o controle administrativo que existe sobre as drogas, tal qual existe com relação aos fármacos ou medicamentos e que são controlados legalmente pela administração pública, na área da saúde pública, onde se estipulam as taxas máximas e mínimas de dosagem de suas substâncias básicas ou de seus princípios ativos componentes, sua posologia e fatores correlatos para fabricação e consumo. Esse controle era exercido anteriormente pela Divisão de Fiscalização do Exercício Profissional e pelo setor de Fiscalização de Medicina e Far-

(1) SINIBALDI, Thiago. *Elementos de filosophia*. Coimbra, 1906, p. 472.

mácia, e atualmente está atribuído à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, como, também, pelo Confen – Conselho Federal de Entorpecentes do Ministério da Justiça –, como também pelo Ibama, do Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Ministério da Agricultura, com relação a Agrotóxicos, e no Ministério de Minas e Energia, com relação a substâncias nucleares e atômicas.

3. Criminalização

Nesta seara já se cuida de penalização ou repressão, mediante imposição de penas corpóreas (restrição à liberdade, confinamento, encarceramento, degredo, desterro, banimento (inc. XLVII do art. 5.º da CF). Nossa Constituição Federal de 05.10.1988 não admite estas últimas penas de degredo e similares, nem mesmo para os denominados crimes *hediondos*. Penas pecuniárias (multas criminais) e penas de restrição a direitos, como prestação de serviços sociais, suspensão ou cancelamentos de prerrogativas, como cartas de habilitação par dirigir veículos etc., também podem ser reservadas para certos *crimes* de gravidade menor. Este aspecto de criminalização ou de repressão está muito relacionado com o aspecto da *tipificação* do crime, e consiste no enquadramento da conduta ou da ação do agente dentro do conceito de norma jurídica proibitiva. É a sanção e preceito que reúne *imputabilidade, antijuridicidade* e *culpabilidade*, esta última consubstanciada na censurabilidade ou reprovabilidade pelo seu cunho de desobediência a uma ordem geral.

4. Descriminalização

É desvestir da roupagem e do característico de crime, tipificado como tal, certa conduta do agente que antes era considerada reprovável e reprimida mediante imposição de penas. Dissertando sobre a maconha, pergunta Gabriel G. Nahas: "A quem interessa a liberação da maconha?" E responde: "A uma determinada facção política ou ideológica que deseja alienar o povo" e a algumas religiões exóticas.[2]

5. Prevenção e repressão

A lei que rege o assunto, Lei 6.368, de 21.10.1976 – ainda em vigor, aguardando-se pela nova lei sobre tóxicos, prevê, no seu Capítulo 1.º, diversas medidas tendentes à prevenção contra drogas ilícitas. Exige colaboração de todos, pessoas físicas e jurídicas, inclusive com suspensão ou cancelamento de benefícios. Inclusive proíbe até o plantio, cultura, colheita, exploração de vegetais próprios à extração de substâncias psicotrópicas, até mesmo punindo com a expropriação de glebas onde forem encontradas tais culturas consideradas ilegais de plantas psicoativas. De outra parte, na tipificação de crimes relacionados com drogas, a lei estipula crimes punidos com reclusão, detenção e multa. O art. 12, *caput* da lei, prevê dezoito modalidades de crimes contemplados com reclusão e multa e, além destas, outras diversas modalidades criminosas consistentes em outras condutas ilícitas equiparadas, inclusive relacionadas com o fabrico, matéria-prima, transformação e manufatura (art. 13), prevendo até a figura delituosa de associação autônoma (art. 14) e que não se confunde com a figura de bando ou quadrilha – definida pelo Código Penal[3], no art. 288, do CP –, dada a expressão utilizada *reiteradamente ou não* para caracterizar a conduta punível. Percebe-se que o traficante pode envolver-se sistematicamente em confabula-

(2) NAHAS, Gabriel G. *A maconha ou a vida*. Nórdica, 1985, p. 281.

(3) GOMES, Geraldo. Tóxicos – Crime autônomo de associação. *RT* 516/247.

ções, conluios, parcerias, mas também pode envolver-se numa única empreitada de despacho da droga. Este tipo de crime de associação autônoma (art. 14 da lei) não abrange a co-autoria, o concurso de agentes a outras formas de delinqüência. Não colhe, pois, o argumento de João de Deus Menna Barreto (um dos autores do anteprojeto sobre tóxicos) considerando que a co-autoria do Código Penal foi erigida em crime autônomo de associação (do art. 14). Esta nova espécie e tipo de crime introduzido na lei brasileira se inspirou na Lei Italiana 685 de 22.12.1975.[4-4a] Outras modalidades infracionais de menor gravidade são contempladas com penas de detenção ou multa criminal como ocorre no caso de infração para uso próprio (consumo pessoal), conforme art. 16 da lei em exame. É preciso distinguir-se entre o ato de fumar ou de ingerir o tóxico e o ato de possuí-lo ou portá-lo, pois neste último caso incide a repressão. Já o fato de ter fumado ou consumido a droga, não incide a repressão logicamente.

6. Delito de dano e de perigo

Não há que se confundir crime de dano e crime de perigo, nesta área de crimes relacionadas com os tóxicos. Não resta a menor dúvida de que a traficância em matéria de drogas representa um crime de perigo à saúde pública, enquanto o dano pessoal ao usuário possa ocorrer ou não simultaneamente ao indivíduo pelas conseqüências de sua auto-intoxicação. Nos congressos de estudos e pesquisas a respeito de drogas, de um modo geral, sempre se enfatizam mais as conseqüências da intoxicação a usuários que propriamente os malefícios da traficância. Chega-se até mesmo a encarar a intoxicação por drogas como *doença,* quando esta não se insere no rol de moléstias enumeradas pela Organização Mundial de Saúde. Cuida-se, sim, mais, de um desvio de conduta ou de comportamento social. Mas é preciso destacar que a tutela jurídica reprimindo o tráfico de drogas se prende mais ao conceito de proteção à incolumidade social que, propriamente, ao indivíduo considerado isoladamente. Daí a repressão legal, posto que a traficância representa um risco social à saúde pública. E, em segundo lugar, subsidiariamente, também prejudica o indivíduo, com o rol de prejuízos colaterais à família, sociedade, profissão etc. No crime material de dano existe à superveniência efetiva de lesão enquanto nos crimes de perigo subsiste uma potencialidade lesiva de risco para a sociedade e, por isso, até considerado crime formal. Com a maestria que lhe é própria, disserta Heleno Cláudio Fragoso:[5] "No campo da Psicologia e comportamento tem sentido muito amplo, abrangendo, inclusive, os atos involuntários, reflexos e mesmo instintivos... Conduta nesse sentido define-se como 'conjunto dos modos pelos quais o organismo responde aos estímulos' (Bela Szekely)... Temos, por exemplo, o comportamento reflexo, que através de um

(4) BARRETO, João de Deus Menna. *Estudos da nova lei de tóxicos.* Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 87.

(4a) O crime autônomo de associação não se confunde com co-autoria, ajuste, sociedade, mandato, concurso de agentes, conselho, incitação, favorecimento, auxílio, promessa de auxílio, recompensa, cooperação, acordo, ou outras figurações constantes do Direito Penal. E o traço fundamental do crime autônomo de associação em matéria de drogas é a sua decomponibilidade ontológica com outras figurações, tanto que comporta concurso material de crimes com outras espécies delituosas. Veja-se, a propósito, o excelente artigo doutrinário de Paulino Neto, *RT* 137/421.2.

(5) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível.* São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 164.

estímulo subcortical, constitui reação motora ou secretória sem intervenção da vontade e, até mesmo, sem participação da consciência. Ainda falando em níveis de comportamento poderíamos mencionar as ações automáticas que se realizam com a repetição do movimento, e as ações em curto-circuito ou impulsivas, nas quais a participação da vontade e da consciência é também nebulosa". Percuciente a análise deste jurista Fragoso ao enfrentar a conduta *nebulosa.* Com efeito, Francisco Lotufo Neto e colaboradores,[6] cuidando do TOC (Transtorno obsessivo-compulsivo) destacam a neurose, psicose e até mesmo a esquizofrenia (Westphal e Bleuler) na origem de certas tendências impulsivas, enfatizando a aparente perda de resistência, e criticam os que aproximam esse quadro da PMD (psicose maníaco-depressiva).

7. Drogas *leves* e *pesadas*

Outro aspecto que deve ser assinalado é o mau vezo de se apreciar drogas como *leves e pesadas.* Trata-se de um mero critério de vacuidade, eis que pessoas que assim analisam estes fatores ignoram conceitos de farmacodinâmica (efeito da droga no corpo) e farmacocinética (caminho da droga no organismo), além da problemática da interação das drogas (exógenas e endógenas), a velocidade maior ou menor da metabolização e outros fatores concorrentes como idade, sexo, compleição, peso corporal, resistência, dependência, tolerância, tolerância cruzada, clima, temperatura ambiente, temperatura corporal, pressão arterial, potencialização, dose, concentração e vias de administração como oral, inalatória, tópica, sublingual, endovenosa, retal, vaginal etc. Muito comum, pois, o entendimento vulgarizado de que a maconha é droga *leve* e outras são pesadas ou mais gravosas, no sentido de se poder liberar a maconha. A dialética não resiste a uma crítica mais acentuada neste setor. Se o tabaco (nicotina) foi e é tolerado no meio social anota-se que ,todavia, não é alucinógeno como o é a maconha que produz euforia e delírios. Baudelaire e Gothier chegaram a fundar clubes em Paris para fumar haxixe. Mas até Napoleão, no século XVIII, proibiu a maconha como supinamente deletéria.

Como bem observa Fragoso, ao final de sua obra, aqui citada, "Tipo é a descrição objetiva da conduta punível. Tipicidade é a adequação do fato ao tipo de delito contido na norma incriminadora". (Fragoso, *op.cit.*, p. 210).

8. Interação e metabolização

Há quem entenda que na metabolização da *MAO* (monoaminooxidase) se opera a degeneração ou degradação do princípio ativo alucinógeno da *Dimetiltriptamina* (DMT), de sorte que tal droga não causa estrépito criminal de relevo, perecendo a figura típica da infração penal. Nada mais incorreto, pois a ação de reprovabilidade da conduta do agente não está nos eventuais efeitos da droga em seu organismo, mas na qualidade imanente do alucinógeno na substância. E quer essa qualidade atue ou não efetivamente no agente consumidor pela sua ação farmacodinâmica ou farmacocinética, tal aspecto não compõe a licitude da posse ou porte, ou transporte, ou depósito da droga que continuará considerada ilícita. A lei se dirige ao fato de a droga ou substância ser proibida em razão da dependência ou entorpecência (art. 36 da lei) que possa ela gerar. Assim, desde que a droga apresente potencialidade lesiva de causar tais efeitos incide a infração penal. Tal crime não se desdobra em aspectos

(6) GENTIL, Valentim e LOTUFO NETO, Francisco. *Pânico, fobias e obsessões.* São Paulo, 1994, p. 127.

de *crime de dano* pessoal, sucedido ou acarretado ao usuário consumidor, mas se qualifica como crime à *saúde pública* e *de perigo*. O uso ou abuso da droga corre à conta do próprio usuário. Como também explica Penidon Silva, pela fenomenologia da *MAO*[7] há drogas que interagem em nosso organismo liberando a noradrenalina. Mas sendo indiscutível que o DMT (*Dimetilriptamina*) é substância alucinógena (Edward Macrae, Alberto Furtado Rahde)[8] e obtida basicamente de dois vegetais, um arbusto e um cipó amazônicos (*Banisteriorsis Caapi*) e *chá santo daime* (ou *Hayhusca*), este raciocínio de degradação do alucinógeno não elimina sua proibição legal, nem apaga seu aspecto infracional, pois a definição legal típica do crime subsiste e não está nos efeitos da droga, mas na própria droga proibida e de que se tem a posse ou a propriedade.

Nesta seara de interação e metabolização das drogas no organismo é preciso destacar que temos em nosso corpo aminas e enzimas e uma infinidade de outras substâncias, sendo relevantes aquelas que mais de perto atuam no SNC (sistema nervoso central) e SRA (sistema reticular ascendente) através da sinapse, a saber: a noradrenalina, serotonina, dopamina e acetilcolina – para se citar apenas algumas. E tais drogas que guarnecem o equilíbrio e a normalidade do comportamento sofrem a interferência quando introduzidas no organismo, afetando sua hiper ou hipossensibilidade, outras drogas estranhas e entorpecentes ou psicoativas. E daí poder tais drogas exógenas gerar confusão mental, inclusive sinestesia, na qual o usuário chega a ouvir vozes inexistentes e escutar o som das cores... (?) E há que ponderar-se que embora a *MAO* (monoaminoxidase) possa ocasionar degradação em presença de nossas próprias aminas e enzimas com a introjeção de drogas estranhas, no plano jurídico continua subsistente a definição de infração penal consistente no porte ou posse da substância proibida, uma vez que contenha imanente seu característico de entorpecência.

(7) PENIDON SILVA. *Farmacologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980, p. 229.

(8) MACRAE, Edward e RAHDE, Alberto Furtado. *Guiado pela lua*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 88-89.

9. Categorias de infratores

Existem várias categorias de infratores, a saber:

a) traficantes;

b) traficantes-dependentes;

c) usuários (consumidores);

d) usuários-dependentes.

E além destes casos básicos ainda merecem especial atenção: a) os traficantes quando comprometidos com doenças mentais, como esquizofrênicos, oligofrênicos, psicóticos, neuróticos. Os oligofrênicos são os portadores de retardamentos mentais, nos casos de idiotia, cretinice e imbecilidade e que cresceram na idade, mas o desenvolvimento mental restou estacionário, com idade aparente de 0 a 8 anos, de 8 a 14 anos e de 14 a 18 anos. Os esquizofrênicos compõem a ala dos insanos mentais ou loucos de todo gênero. Na hipótese dos que possuem comprometimento mental deficitário há que se aplicar no caso dos *dementes* o artigo da inimputabilidade previsto pelo Código Penal (art. 26, *a*, parágrafo único) e no caso de meros *dependentes* de drogas (sem comprometimento mental) é de aplicar-se os arts. 19 e 29 da lei sobre tóxicos, remanescendo apenas para os não-dependentes e não-dementes a repressão penal consistente em detenção, multa criminal ou prestação de serviços sociais, e/ou cancelamento de certas habilitações, restrições ou interdições. Para o caso de infratores rein-

cidentes a nova lei deve cogitar de medidas especiais.

10. Inimputabilidade e escusabilidade

Aí está outro aspecto que não pode ser descurado pela nova lei de tóxicos, cujo anteprojeto já está tramitando no Congresso Nacional. Isto porque a lei ora em vigor, 6.368/76, cometeu um grave engano no seu art. 19, consagrando um princípio de inimputabilidade estabelecendo isenção de pena para qualquer crime, em se tratando de dependente.

"Art. 19: É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, proveniente de caso fortuito ou força maior era, no tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

Quando este projeto tramitava no Congresso, desembargadores do Estado de São Paulo enviaram moção ao Dep. Federal Francisco do Amaral (Dr. Vicente Franceschini e Lauro Malheiros e um terceiro desembargador) pleiteando a supressão desse tópico ("qualquer que tenha sido a infração penal praticada"). Todavia, não obtiveram êxito, pois o projeto passou aprovado em sua forma original.

Como se vê, este artigo mereceria uma melhor redação, distinguindo-se os casos de força maior e caso fortuito dos demais que se apresentam, além de que ao revés de consagrar-se o princípio da inimputabilidade dever-se-ia consagrar o princípio da escusabilidade, como ocorre com o art. 181 do CP que também isenta de pena aquele que furta o pai, ascendente, descendente, cônjuge etc. Assim não se precisaria estremecer o critério básico de nosso sistema penal, da *actio libera in causa*, como anota Luiz Doria Furquim. Felizmente o atual anteprojeto da nova lei já procura omitir o tópico acima criticado.

11. Inexigibilidade de conduta diversa

Quem por primeiro agitou esse tema em Direito Penal foi o jurista alemão Reinhard Frank, deparando-se com casos em que havia tipicidade, antijuridicidade, mas não haveria culpabilidade, no seu aspecto de reprovabilidade, ou censurabilidade, e quando a volição do agente estivesse completamente divorciada do resultado do evento. Tal acontecia, na prática, exemplificadamente, quando o condutor de uma carruagem estivesse de viagem com seu amo, e este ordenasse que acelerasse os animais, e prevendo o condutor que os animais eram indóceis e poderia sobrevir um acidente, obedecesse o ao patrão para não perder seu emprego, tombasse o carro e ferisse seu amo. Em casos que tais não restaria ao condutor outra alternativa senão a de obedecer a seu patrão. E discorrendo sobre este tema anota Giuseppe Bettiol, sobre a concepção normativa da culpabilidade que *para que la acción pueda considerarse culpable no basta que un sujeito capaz haya previsto y querido un evento lesivo, sino que és necessário que su voluntad haya podido determinarse normalmente a la acción; esta determinación normal non se dá quando las condiciones de hecho en las quales actúa el indivíduo son tales que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano libre de defectos.*[9] Transferindo-se esta cogitação de inexigibilidade de conduta diversa para o terreno das drogas e suas infrações é mister atentar-se para umas tantas considerações preliminares, como sejam:

(9) BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá, 1965, p. 417.

a) nomenclatura comum da droga;

b) o nome de fantasia ou comercial;

c) qual a substância componente;

d) qual seu princípio ativo.

Apenas para exemplificar, lembremo-nos da maconha: seu nome comum é maconha, seu nome botânico é cânhamo, seu nome técnico ou científico é *Cannabis sativa L*, seu princípio ativo é o 8 ou 9 gama transtetrahidrocanabinol.

Também o analgésico Optalidon continha butalbital, e o denominado *lança-perfume* contém cloreto de etila.

Ora, o usuário ao buscar em farmácia um analgésico para sua dor de cabeça não está sabendo que um de seus componentes pode estar listado como droga proibida. E embora não conste na listagem com seu nome de fantasia ou comercial pode ser entendido como permissível seu uso. Mas se seu componente estiver listado ou relacionado como droga proibida, então incidirá a repressão legal. Transferindo-se esta dirimente de inexigibilidade para o terreno das drogas, para logo se concluirá que a única evasiva para obtenção de absolvição por isenção de pena ou exclusão de culpabilidade estará arrimada na excepcional conduta do agente. Veja-se a propósito julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, HC 16.360-3 da 4.ª Câm. Crim., rel. Des. Geraldo Gomes, a respeito do Optalidon, cujo nome não figurava da lista do Ministério da Saúde, porém seu componente estava relacionado como proibido, o barbitúrico butalbital. Hoje o propilfenazona é o componente que substituiu o butalbital. (*RT* 566/283, HC 16.360-3, j. de 23.08.1982).

12. Perícias

No tocante a exame pericial toxicológico, a peça basilar de um processo criminal, nas infrações que deixam vestígios, é o corpo de delito para o qual se exige exame pericial consubstanciado em laudo minucioso que identifique a substância proibida (art. 179 do CPP). Métodos adequados, reações e reagentes químicos, inclusive com uso de instrumental óptico, fotográfico, microscópico, polarização, capilaridade – processos cromatográficos de camada delgada, de fase gasosa, espectroscópicos, raio infravermelho, ultravioleta de massa, enfim, tudo deve ser empregado para fornecer a juízo um resultado de certeza, e não de mera probabilidade. Assim, *v.g.*, para exame de urina de atletas suspeitos de *dopping* é mister exame aprofundado dessa pesquisa e, sobretudo, sobre os cardápios fornecidos nessas concentrações de atletas e medicamentos utilizados.

13. Laudo toxicológico híbrido

Daí porque se prognostica para a nova lei de tóxicos a previsão de laudo pericial toxicológico híbrido, ou seja, que se preveja a listagem de drogas proibidas não só com relação ao nome comercial ou de fantasia do composto (fármaco), mas também o nome da ou das substâncias componentes. Assim sendo, mesmo que omitido o nome de fantasia, figurando o nome do componente possibilitará a repressão da droga.

14. Lei da oferta e da procura

A lei de oferta e da procura é tão inexorável como a lei da gravidade. É ela que governa e controla a demanda maior ou menor do tráfico, pois a demanda de consumo das drogas oscila em razão da alta rentabilidade do negócio escuso. O mercado fornecedor depende sempre do mercado consumidor. Daí porque para se conter o recrudescimento do consumo de drogas há que se atinar com meios que contenham esse comércio vil. E nada melhor que o confisco de bens do patrimônio dos traficantes para desencorajá-los nesse comércio ilícito. Já ao tempo

das Ordenações Filipinas, em 1602, se punia o possuidor de ópio e rosalgar com penas de degredo para a África e confisco de todo o patrimônio do réu. A Constituição Brasileira não tolera penas de degredo, banimento, desterro e similares. Contudo, a contenção destes crimes de traficância ainda se poderá bitolar pelo confisco de bens que, a nosso ver, é a melhor solução para se diminuir o tráfico. E não se tolerar a falada descriminalização de drogas, pelo absurdo que pode representar. Há de haver uma luta sem quartel contra as drogas perniciosas que desfibram a nacionalidade e a raça.

15. Questões de *lege ferenda*

a) Espera-se que a nova lei sobre tóxicos deva voltar suas vistas para muitas drogas que não estão previstas como proibidas pelo Ministério da Saúde, nos relacionamentos baixados em Portarias da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária e, não obstante, afetam o SNC (sistema nervoso central) ou o SRA (sistema reticular ascendente), causando distúrbios, delírios, alucinoses na mente humana. Bem por isso o laudo toxicológico deve ser dúplice e híbrido para esclarecer primeiro se a droga está prevista como proibida pela sua nomenclatura de nome comercial ou de fantasia (fármacos) e segundo, se não estando prevista por essa forma, se o seu componente básico (nome técnico ou científico ou seu princípio ativo) está previsto como proibido. Além disso, caso a droga não figure na lista pelo seu nome de fantasia ou comercial, nem pela sua substância componente, deve, à moda da lei antiga (que não adotava a norma penal em branco) (ou listagens), pelo menos esclarecer que, embora não prevista nas relações, é droga que afeta o sistema nervoso central causando tais e tais efeitos nocivos, pelo que considerada *entorpecente* para os efeitos legais. Com efeito, existem drogas naturais ou sintéticas que não estão previstas como proibidas e, não obstante, causam efeitos entorpecentes ou correlatos. Esta questão é de suma importância se vista pelo ângulo da *tipicidade* ou *atipicidade*, que é um dos pontos básicos do crime ou da definição legal, de reserva e anterioridade jurídica, caracterizadora da infração penal e que exige repressão. – b) Drogas como o Reactivan, Stenamina e outras podem ser lembradas e que não constam de proibições expressas nas listagens. Assim ocorreu durante muito tempo, por exemplo, com o LSD-25 (a Dietilamida do ácido lisérgico). Esta droga foi descoberta por Albert Hoffman, médico farmacologista, casualmente, quando lidava com produtos no seu laboratório da Sandoz, em Basiléia, na Suíça, em 1943. No entanto, só veio integrar-se na lista proibitiva, entre nós, em 1968. E, não obstante, o LSD-25 – descobriu-se depois – apresentava até efeitos colaterais similares à Talidomida[10] em anomalia cromossomais. Outras drogas como o DMT (a Dimetil Triptamina) até prevista como proibida pelo Tratado Internacional de Viena, de 1971,[11] e inclusive por Portarias do Ministério da Saúde, tendo sofrido *liberação provisória* pelo CONFEN (Conselho Federal de Entorpecentes, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, conforme Res. 6, de 04.02.1986 – *DOU* de 05.02.1986, p. 2.054 e *apud Lex*, fev. 1986, p. 268 o que suspendeu a Port. 2/85 do mesmo órgão), dando-se, aqui, uma intromissão do Ministério da Justiça no Ministério da Saúde, liberando-se o denominado *chá santo daime*, ou a Hayhusca, cuja substância básica é a *Banisteriorsis Caapi* conjugada com a *Psychotria Viridis*, plantas amazônicas irrefutavelmente entorpecentes (alucinógenas). Nota-se que a *liberação provisó-*

(10) Tranqüilizante que era indicado para mulheres grávidas. O Governo alemão indenizou muitos casos resultantes do emprego da Talidomida.

(11) GOMES, Geraldo. *RT* 685/413, 1992, artigo Confen, Drogas, Daime.

ria remanesce até hoje e não foi objeto de homologação pelo Ministério da Saúde e nem foi objeto de Portaria *interministerial* (Saúde e Justiça). Parece-nos que a competência administrativa foi vulnerada ou arranhada.

c) Outras drogas podem ser lembradas e que não constam de relações proibitivas pelo seu nome comercial ou de fantasia, mas cujos componentes estão proibidos. Exemplos: o Optalidon, que anteriormente continha butalbiltal[12] e este componente era proibido. Bipovacaína é um anestésico local que se insere na categoria de *anestésicos gerais*, previstos pelas listas como tal. Éter e clorofórmio só mais recentemente foram listados como proibidos. Dietilpropiona, Corizan, Anorexil, Desoxin, Luminal (barbitúrico e que segundo Hermes Rodrigues de Alcântara em *Toxicologia geral*, 1974, é do grupo Fenobarbital também não consta como Luminal). Pervitin que é um anfetamínico também não consta de listas com tal nome. Mas a anfetamina consta. Mequalon, Phelotin, Benzedrina, (do grupo anfetamínico), Desbutal, Dexedrin, Somaliun, Moderex (estes últimos parece que entraram na lista proibitiva dos antidistônicos). Como se vê, há muitas drogas que exigem uma pesquisa pelos seus componentes.[13]

d) Esta matéria de se saber se o nome do fármaco consta ou não da lista proibitiva, pelo seu aspecto comercial ou de fantasia ou, pelo menos, pelo seu aspecto químico do componente gira em torno de outras questões paralelas que não podem ser olvidadas: 1.º) a época e a lei que vigorava ao tempo dos fatos; 2.º) qual o critério dominante dessa época: se as listas de fármacos e de substâncias componentes eram *taxativas* ou meramente *exemplificativas*. Convém então recordar-se que somente a lei (Dec.-lei 159/67) veio introduzir o critério da norma penal em branco. Mas este decreto foi de efêmera duração porque em 1968 já o Dec.-lei 385 alterava o art. 281 do CP. E a atual Lei 6.368, de 21.10.1976, restabeleceu no seu art. 36 o critério da norma penal em branco.

Com referência ao item b do § 15 – Questões de *lege ferenda* – convém assinalar um tópico do V. Acórdão que absolveu os acusados, num processo de Aparecida do Norte, acusados de uso de *Reactivan.*

Omissis

"No que concerne ao medicamente *Reactivan*, o mesmo pertence ao grupo dos peperidínicos e ao subgrupo do componente fencaneamina, ou seja, cloridrato de 2 etilamino – 3 fenil narcanfano (*Compêndio médico indicador terapêutico*, Andrei, 1980, p. 452). Entretanto, embora se trate realmente de um psicotrópico, anfetamínico, anorexígeno, cuja substância componente sempre figurou nas listas proibitivas do Ministério da Saúde, como interferente do SNC (sistema nervoso central), substância essa que inclusive gera um quadro clínico similar à esquizofrenia (GRAEFF, Frederico G., *Drogas psicotrópicas e seu modo de ação*. São Paulo: Edusp-CNPq, 1984, p. 26); a verdade é que o Reactivan jamais constou de listas proibitivas pelo seu nome comercial ou de fantasia. Assim, percorrendo-se o rol de varias portarias* do Ministério da Saúde, revogadas ou em vigor desde 1969 a 1984, jamais ali figurou o Reactivan como composto

(12) GOMES, Geraldo. *HC* 16.360-3 do TJSP, rel. Des. Geraldo Gomes, j. de 23.08.1982, paciente CEF, denegada a ordem v.u. Hoje, 1996, já substituíram o Butalbital pelo Propilfenazona. Veja ac. na *RT* 566/283.

(13) Consultem-se as portarias do Ministério da Saúde 27, de 24.10.1986, *DOU* de 03.11.1986, p. 16.361 e 28, de 13.11.1986, *DOU* de 18.11.1986, p. 17.205 *et seq.*

(*) GOMES, Geraldo. Tóxicos – Legislação. In: *TACRIM São Paulo*, jan. 1978.

proibido. Então sucede que sendo o comando incriminatório vigente baseado na norma penal em branco e sendo as listas do Ministério da Saúde *taxativas*, e não exemplificativas, segue-se que estando o medicamento previsto pela lista haverá crime punível, mas não estando previsto, a não ser pelo componente, haverá ato típico, antijurídico, todavia, sem a mácula de responsabilidade, vale dizer, excluído o dolo e a culpa mercê da teoria da inexigibilidade de conduta diversa. E assim é porque o usuário adquiriu livremente na farmácia o Reactivan sem qualquer objeção ou exigência de exibição ou retenção de receituário, logicamente esse usuário não está obrigado a saber ou adivinhar que o componente do remédio é substância controlada ou inscrita nas referidas listas. Por vezes, nem mesmo profissionais sabem a composição correta de certos medicamentos, obrigando-os a consulta às bulas ou indicadores terapêuticos. Não se pode, pois, exigir do *homo medius* tal conhecimento especializado. O que compete é às farmácias e aos órgãos competentes a devida fiscalização a respeito. Assim, pois, os rapazes não podem ser condenados a título do Reactivan, muito embora se trate de uso vicioso e desvirtuado como tal, pois tal medicamento vem sob a forma de drágea para administração, oral e mesmo sem serem mastigados (*DEF Dicionário de Especialidades Farmacêuticas*, JBM, 1983/84, p. 418). Até que ao tempo em que pontificava no Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo o eminente Des. Acacio Rebouças destacou ele, em um de seus memoráveis Acórdãos, essa *viciosidade como tal* pelo desvirtuamento de uso de drogas. Sucede que, naquela época, outra era a lei de entorpecentes, consagrando a prevalência do laudo toxicológico para fins de incriminação (Lei 5.726/71(**)-(***). De conseguinte, a aplicação intravenosa do medicamento diluído em água mineral bem denota a temeridade desses rapazes. Todavia, descabe condenação a título de Reactivan. Julgados já adotaram decisões absolutórias em torno desse medicamento. Basta citar entre outros TACRIM/SP, Ap. Crim., 59.231, j. de 23.08.1973, rel. Dínio Garcia, v.m.,; Rev. JUTACRIM/SP 31/67 – TJRJ Ap. Crim. 21.837, j. de 12.02.1976, rel. Hilário Duarte de Alencar, *RT* 490/369 ou *RTTJRJ* 41/286."

(*Apud* caso de Aparecida do Norte in Ap. Crim. do TJSP 33.0447-3. Dando-se prov. por votação unânime de 27.12.1984. 4.ª Câm. Crim., rel. Geraldo Gomes; Aptes: Jan – JRZ – RAS – MVA – CLRP).

(**) No caso, os rapazes estavam fazendo aplicação endovenosa do produto. (Nota do autor).

(***) Era lei que não previa a norma penal em branco (Nota do autor).

2 – DOUTRINA NACIONAL

INQUÉRITO POLICIAL E A INVESTIGAÇÃO DOS FATOS QUE ANTECEDE A AÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INSTAURADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA

O inquérito policial, hoje, merece reflexão, tanto em forma como em conteúdo. A Constituição de 1988 trouxe, no art. 5.º, minuciosa especificação dos direitos e garantias individuais. Com a nova Carta, os estatutos processuais adquiriram outra luz.

O modelo de inquérito policial do Código de Processo Penal de 1941 está em descompasso com a ordem jurídica. Não basta que seus regramentos sejam interpretados segundo a Constituição. É preciso que nova normatização processual penal atualize o procedimento aos preceitos fundamentais do ordenamento, postos na Carta da República.

Em primeiro lugar, transcrevam-se dispositivos constitucionais: " Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (inc. LV, do art. 5.º, da CF). "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (inc. LXIII, do art. 5.º, da CF).

Não é novidade a idéia de contrariedade no inquérito policial. O próprio art. 14, do CPP estabelece a possibilidade, ainda que diminuta: " O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade". A História demonstra que, na verdade, o inquérito policial é mais do que mero procedimento administrativo destinado ao Ministério Público.

Em 1941, esclareceu a exposição de motivos do Código de Processo Penal: "Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais". Os arts. 4.º a 23 da lei disciplinam o inquérito, mas não o definem. Saber o que significa essa preliminar formação da culpa requer acompanhamento histórico. Em artigo publicado em *Princípios fundamentais do Processo Penal*, intitulado O direito de defesa no inquérito policial, resultante da supressão da pronúncia no juízo singular, Joaquim Canuto Mendes de Almeida explica que a expressão *inquérito policial* surgiu pela primeira vez no Dec. 4.824, que regulamentava a Lei 2.033, de 1871. Em embrião, porém, o inquérito já se delineava na Lei 261, de 03.12.1841. Mas sua função no processo penal surge antes, no Código de Processo Penal de 1832. Ali, foi criado o sumário de culpa como única base para a acusação criminal. Era o sumário preparado pelos juízes de paz. A estes cabia lavrar auto de corpo de delito e formar a culpa dos delinqüentes (art. 12, § 4.º). A formação da culpa incluía a inquirição de duas a cinco testemunhas, "que tiveram notícia da existência do delito, e de quem seja o criminoso" (art. 140). Tal inquirição tra-

zia a garantia de participação do delinqüente, que, preso ou afiançado, podia inclusive contestar as testemunhas. Nada impedia, porém, que o juiz ouvisse mais testemunhas. O registro dos depoimentos é que estava limitado em número. Selecionavam-se as declarações que oferecessem elementos de convicção para a denúncia e a queixa. Explica ainda o autor que o juiz de paz não dependia do promotor público ou do indiciado para "instaurar a sumária inquirição das testemunhas" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 126). O mestre sintetiza o sumário de culpa: "Tratava-se, como se vê, de rápido procedimento acautelatório das provas principais dos delitos, e no que a urgência era a principal preocupação" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 126).

Em 1841, por meio da Lei 261, o sumário de culpa passou a ser preparado pelos chefes de polícia, seus delegados e subdelegados, em concorrência com os juízes municipais. Estes substituíram os juízes de paz, acumulando funções criminais e policiais. O fim do sumário de culpa era a pronúncia, proferida por qualquer das pessoas que o realizavam. Limitavam-se, no entanto, as funções jurisdicionais que tinha a polícia. Os delegados e subdelegados que pronunciassem deveriam remeter o processo ao juiz municipal, para manutenção ou não da decisão. Poderiam também, ao invés de pronunciar, remeter as informações para o juiz municipal, que formaria a culpa. O Reg. 120 confirmava essa inicial separação das atribuições policiais, o que, para Joaquim Canuto Mendes de Almeida tinha especial significado: "Como se pode perceber, através de tais dispositivos o legislador pátrio começava, então, a determinar o registro dos resultados das indagações anteriores, como mero auxílio à autoridade sumariante, prestado quando a primeira autoridade indagadora não fosse ao mesmo tempo a competente para a formação da culpa, e devesse, por isso, informar-se para informar, mediante "provas e mais esclarecimentos que houverem de remeter, para a formação da culpa, aos juízes competentes" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 201).

As reflexões do autor são orientadas para a demonstração de que investigar e indagar são atividades diferentes das de registrar informações para o fim da pronúncia como juízo de acusação.

Em 1871, por meio da Lei 2.033 e do Reg. 4.824, a formação da culpa passou aos juízes de direito e aos juízes municipais. Isso significava que os membros da polícia não mais pronunciavam, mas procediam ao inquérito, definido no art. 42 do regulamento: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices, deve ser reduzido a instrumento escrito, observado o seguinte: ...". Dispunha, por sua vez, o art. 41: "Quando, porém, não comparecer logo a autoridade judiciária ou não instaure imediatamente o processo de formação da culpa, deve a autoridade policial proceder ao inquérito acerca dos crimes comuns de que tiver conhecimento próprio, cabendo a ação pública; ou por denúncia; ou a requerimento da parte interessada ou no caso de prisão em flagrante". Subsistia, portanto, o sumário de culpa, procedido pelo juiz. Estabelecia o art. 10, § 1.º: "As atribuições do chefe, delegados e subdelegados de polícia subsistem com as seguintes redações: 1.º: a da formação da culpa e pronuncia nos crimes comuns". Diante disso, reflete Joaquim Canuto Mendes de Almeida: " Em suma: na inquirição devassa, do regime das ordenações, em que não se distinguiam das demais as meras indagações preliminares, para seleção das testemunhas necessárias ou úteis à instrução preliminar, e todas se exprimiam pelos depoimentos registrados nos autos, o indiciado não participava da formação

da culpa; no sumário de culpa do Código de Processo Criminal de 1832, em que as indagações anteriores irregistradas constituíram pressuposto da seleção das testemunhas numerárias, o indiciado, passando a participar da formação da culpa, continuou alheio àquelas indagações; no regime instaurado pela reforma judiciária de 1871, em que o inquérito policial se disciplinou em função auxiliar da formação da culpa e com anterioridade, a participação do indiciado, nele, foi determinada pelo legislador pátrio. Os resultados escritos dessa atividade auxiliar, é que, no seu conjunto, passaram a compor aquilo que se denominou, desde então, inquérito policial. Não passaram eles, entretanto, a excluir, mas, ao contrário, continuaram a pressupor a existência de indagações anteriores – a investigação – em que nenhum papel ativo pode obviamente caber ao indiciado" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 203, 204). Esclareça-se que a participação do indiciado no inquérito se mostra no § 7.º do art. 42 do regulamento, onde se afirma que as diligências do inquérito serão feitas com assistência do indiciado, se preso, que podia impugnar os depoimentos das testemunhas.

Na mesma obra, em artigo intitulado Há contrariedade no inquérito policial?, Joaquim Canuto Mendes de Almeida afirma: "Quem quer que seja indiciado, pois, em inquérito policial, preso, conduzido, ou espontaneamente presente, tem direito a exigir que a autoridade o interrogue, forme o corpo de delito, realize quaisquer perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, ouça o ofendido, inquira testemunhas por ele apontadas, desde que indispensáveis ou úteis à elucidação das circunstâncias do fato, junte documentos nos autos etc. Tem direito, ainda, de participar do exame de corpo de delito, bem como dos demais exames e, por certo, das inquirições, no ato do registro dos depoimentos nos autos do inquérito policial" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 213).

Cabe, nesse ponto, verificar o que significa a formação da culpa. Como se viu, o inquérito tinha a função de auxiliar a autoridade sumariante. Esta é que formava a culpa e pronunciava. Recorra-se a Sérgio Pitombo: "Na acepção ampla, ou doutrinária, a culpa se forma por meio do exame de corpo de delito, prisão em flagrante, inquirição de suspeito e de testemunhas, reconhecimentos, bem assim mediante outros elementos de convicção. Perfaz-se, então, no binômio essencial: prova da existência do fato típico e, ao menos, indícios de autoria, gradualmente suficientes para receber a acusação, pronunciar e condenar". Ainda: "Em significado estrito, ou técnico-legal, a formação da culpa designa a primeira fase do procedimento especial do júri, com vista à decisão interlocutória de pronúncia (*judicium accusationis*). Ainda, se encontra no chamado inquérito policial, onde preliminar e preparatoriamente se perquire a respeito dos delitos falimentares, no juízo cível da quebra" (PITOMBO, Sérgio. *Inquérito policial, novas tendências*. Cejusp, 1986, p. 19).

Assentada a formação da culpa em seus dois significados, e sabendo-se que em 1871 a pronúncia e o sumário de culpa constavam do procedimento para os crimes comuns, a primeira *legalizando* as acusações, cabe concluir que, numa acepção técnica, o inquérito policial, procedido pelas autoridades policiais, não formava a culpa, mas instruía a autoridade do sumário, para que formasse ou não a culpa, concretizando, na pronúncia, o juízo de acusação. Em sentido amplo, porém, é evidente que, encerrando o inquérito policial elementos de convicção para um juízo de acusação, tais elementos tinham caráter de formação da culpa, embora esta tecnicamente se realizasse no sumário. Quando o Dec. 4.824 retira das autoridades policiais as atribuições de formar a culpa, separa as funções policiais das jurisdicionais. As primeiras

não deveriam mais conter qualquer juízo sobre informações colhidas e registradas. Quem emitia o juízo era a autoridade sumariante, que pronunciava. Daí se tem: não mais se formava a culpa sem atividade jurisdicional. Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, as denúncias e as queixas nada acusavam, mas iniciavam o sumário de culpa, ao final do qual a pronúncia *legalizava* as acusações. Transcreva-se: "A instrução criminal preliminar exprimia-se sempre, pois, pelo sumário de culpa, visto como era nos resultados deste que assentava a pronúncia como legalização da acusação. As denúncias e as queixas não passavam, pois, em tais processos dos crimes mais graves, os inafiançáveis e os afiançáveis, de propostas de acusação, por assim dizer, suscetíveis de aprovação mediante pronúncia, ou de desaprovação, mediante impronúncia ou despronúncia" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 204).

Alguns Códigos de Processo Penal estaduais, no período republicano, desconheceram a função processual da pronúncia como juízo de acusação. A supressão da pronúncia, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, contrariou disposição constitucional, pois desde a Constituição do Império ninguém poderia ser preso sem culpa formada. Assevera: "No nosso sistema tradicional, portanto, o caráter inafiançável ou afiançável da infração obrigava, por dispositivo constitucional, a que o legislador ordinário estabelecesse um sumário de culpa, como processo prévio à acusação" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 206).

O Código de Processo Penal de 1941 suprimiu a pronúncia e, portanto, o sumário de culpa. A medida era inconstitucional, pois a Constituição de 1937 estabelecia que à exceção do flagrante delito, a prisão só poderia ser efetuada após pronúncia. Dizia a Carta, ainda, que ninguém poderia ser conservado em prisão sem culpa formada. A prisão dependia, sempre, de formação da culpa. Note-se ainda, que aquela Carta determinava: " a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa". Manifesta-se Canuto: "A supressão desarrazoada da pronúncia, empreendida no Código de Processo Penal, em relação aos processos de competência do juiz singular, ordinários ou sumários, salvo tratando-se de infrações extra-afiançáveis, só não incorre em inconstitucionalidade se admitir que houve deslocamento, para o inquérito policial, das funções do suprimido sumário de culpa" (Almeida, *op. cit.*, p. 207). Ainda: "Em rigor, a instrução criminal preliminar, assim exigida pelo legislador constituinte, deveria ser judicial. Mas se o legislador ordinário, no suprimir o sumário de culpa, a fez extrajudicial, como é o inquérito policial, daí não se pode nem se deve inferir que, além da primeira inconstitucionalidade, consistente em ser policial o que deveria ser judiciário, ainda ocorra uma segunda, a de o indiciado ser repelido de sua formação da culpa, como se nenhum legítimo interesse nela tivesse a resguardar" (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 208).

Processualistas sustentam a contrariedade no inquérito policial. É o que faz Rogério Lauria Tucci, especificamente em *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 389: "Representa, outrossim, autêntica conquista do Direito Processual Penal Constitucional moderno, em que a contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser *um elemento decisivo do processo penal*, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em *mero requisito formal*; e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de nulidade dos atos procedimentais praticados sem a efetiva assistência do defensor técnico constituído pelo

indiciado, ou público (cf., também, arts. 5.º, LXXIV, e 134, da CF)".

A constatação tem peso maior quando se percebe tendência da doutrina de considerar que no inquérito há atos processuais que se transmitem, definitivamente, à instrução criminal. Note-se Sérgio Pitombo: "Dizer-se, por isso, que o inquérito policial consiste em mero procedimento administrativo e encerra investigação administrativa, é simplificar, ao excesso, a realidade sensível. Resta-se na necessidade esforçada de asseverar, em seguida, que a decisão judicial, que recebe a denúncia ou a queixa, embasada em inquérito, volta no tempo e no espaço, judicializando alguns atos de procedimento. As buscas e apreensões, bem como todas as perícias (exames, vistorias e avaliações), emergem quais modelos de tal operação. Espécie de banho lustral sobre os meios de prova, encontráveis no inquérito. Preferível reconhecer, com singeleza, que no inquérito policial há atos processuais, praticados por delegação, e nele existe contingente instrução criminal definitiva" (PITOMBO, *op. cit.*, p. 21).

Perguntar se o inquérito policial, enquanto primeira fase da persecução penal, contraditório e com atos de instrução definitiva, é processo e não procedimento, é inevitável. A resposta, porém, não se encontra certa ou precisa. Buscar precisão, aqui, será aprisionar o processo penal em conceitos tirados do processo civil. Há quem afirme que a Constituição, ao estabelecer para o acusado a ampla defesa (art. 5.º, LV), não se referiu ao indiciado. É o que seguramente esclarece Júlio Fabbrini Mirabete: "Não é o inquérito processo, mas mero procedimento administrativo-informativo destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação realizada pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código o *inquérito policial* (art. 4.º a 23) da *instrução criminal* (arts. 394 a 405). Por essa razão, regra geral, não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais, nem mesmo o contraditório. A Constituição Federal vigente refere-se ao *processo judicial* ao assegurar aos *acusados* (que só existem neste) o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV). Mas já se defende a tese, com fundamento nesse dispositivo constitucional, da admissibilidade do contraditório também no inquérito policial (QUEIJO, Maria Elizabeth. Principais instituições do Processo Penal brasileiro e elaboração legislativa de novo Código de Processo Penal: inquérito policial, *RT* 697/269-79)" (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 1995. p. 34). Esse entendimento, esposto por Mirabete, desconsidera a idéia de que a persecução penal é apenas uma, e que, se na fase inquisitiva não há ação em plenitude, há nela atos fiscalizados pelo Poder Judiciário, bem como atos que integram a formação da culpa, ainda que preliminar. A pessoa sobre a qual recaem indícios de autoria de crime tem interesse em se defender, para não ser denunciada. Nesse sentido, pode-se assegurar que também a ela se referiu a Constituição, ao garantir ampla defesa. Não teria sentido, obviamente, estabelecer a Constituição contraditório em todos os procedimentos, excepcionando o inquérito policial. Apenas por uma questão terminológica, a de que tecnicamente indiciado não é acusado, não se pode extrair, da Carta, a exigência de contraditório em todos os procedimentos, com exceção do inquérito policial. A Constituição não foi redigida por processualistas. Deve ser interpretada sistematicamente. E a clara intenção, da Carta de 1988, de estabelecer com firmeza amplos direitos e garantias individuais, fixando oportunidade de presença de advogado na lavratura do auto de prisão em flagrante, permite concluir pela ampla defesa na primeira

fase da persecução penal. Aliás, por uma questão metodológica, explique-se, não se acredita na existência de lide no processo penal. Adota-se, aqui, pensamento exposto pelo Ministro Vicente Cernicchiaro em voto proferido no REsp. 13.375-RJ, publicado em *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo : RT, 1993. p. 57: "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, Ministério Público (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.º, LV, alcança também o suspeito de prática de infração penal.

Há, porém, ainda um ponto a refletir: a ação penal pode ser promovida sem inquérito policial. Isto está posto nos arts. 39, § 5.º, 46, § 1.º e art. 12 do CPP. E mais: o art. 28 do estatuto processual reconhece expressamente a necessidade de o Judiciário arquivar não apenas inquérito policial, mas também quaisquer peças de informação. E tem-se, também, que a Constituição insere, dentre as atribuições do Ministério Público, "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva" (inc. VI do art. 129), bem como "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais" (inc. VIII do art. 129). A Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75, de 20.05.1993) prevê, no art. 7.º, que "Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas". E ainda, no art. 8.º: "Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência, I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; V – realizar inspeções e diligências investigatórias; VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; IX – requisitar o auxílio de força policial". E ainda, no § 2.º do art. 8.º, "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".

Vê-se, então, que a análise não é simples. Levando-se em conta ainda o controle externo da atividade policial, posto na Constituição e na LC 75, de 20.05.1993, conclui-se que o Ministério Público Federal tem atribuições constitucionais e legais para apurar fato criminal em procedimento administrativo diferente do inquérito policial. *Isso não significa, porém, que o Ministério Público substitua a Polícia Judiciária da União, exercida, com exclusividade, pela Polícia Federal* (art. 144, § 1.º, IV, da CF). Isso não significa, tampouco, que os atos

de investigação do Ministério Público sirvam como prova para condenação, já que, praticados fora do alcance judiciário, não se destinaram a sujeito imparcial, mas a titular de ação penal pública. Evidentemente, o acolhimento de elemento de convicção presente antes da ação penal em sentença condenatória desequilibra a situação de igualdade das partes no Direito Processual Penal.

Importante é, assim, refletir sobre os limites dessa apuração de fatos destinada à propositura da ação ou ao arquivamento do procedimento. Os limites estão, evidentemente, na Constituição, nos direitos e garantias individuais. Os procedimentos, como aliás são todos os administrativos, serão públicos e escritos. A contraditoriedade acontecerá, partindo da ampla defesa. Qualquer restrição à intimidade, ou à privacidade, será submetida e determinada pelo Poder Judiciário (art. 5.º, X, XI, XII, XXXV, LV, LVI, LXVIII, LXIX, LXXII, *a*).

Acontece que essa investigação, realizada pelo Ministério Público, não tem formas certas. Não é verdade, como dizem alguns, que o inquérito policial prescinda de formalidades. Há no Código algum regramento (arts. 4.º a 23). Inexiste rito, o que não significa a desnecessidade de ordenação lógica. É importante conciliar os procedimentos. Negar ao Ministério Público a possibilidade de perquirição dos fatos é não enxergar as inovações do ordenamento jurídico após 1988, é não enxergar que o Estado social de direito desenhado na Carta tem, como um dos mecanismos de funcionamento e equilíbrio, uma instituição independente da administração tipicamente exercida pelo Poder Executivo. Mas, por outro lado, não encontrar os limites de sua atuação, limites esses extraídos da ordem constitucional, é caminhar para outro extremo, admitindo-se instituição sem controle.

Querendo-se ainda aprofundar a reflexão, é preciso observar que, hoje, até mesmo o juiz tornou-se agente investigador, independentemente da existência de ação penal propriamente dita. É o que prevê o art. 3.º da Lei 9.034, de 03.05.1995, que "define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando". Transcreva-se o dispositivo: "...ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada *pessoalmente pelo juiz*, adotado o mais rigoroso segredo de justiça".

Tem-se, no Brasil, um descompasso entre o Código de Processo Penal e as leis que integraram o ordenamento jurídico após a Constituição. A investigação do ato tido inicialmente como crime não se faz mais, somente, pelo inquérito policial. Há procedimentos administrativos outros, inclusive fiscais, que podem originar a ação penal. Porém, não se tem vigente o juizado de instrução – onde o juiz preside a investigação –, nem mesmo procedimento efetivado pelo Ministério Público. É necessário que a alteração do Código de Processo Penal, há tanto tempo esperada, preveja regramentos para a participação, consolidada na Constituição e na LC 75/93, do Ministério Público na investigação preparatória da ação penal. Na medida em que o estatuto processual regulamenta a persecução penal, não pode se omitir quanto à existência de procedimentos de apuração diversos do inquérito policial. O indiciado, ou suspeito, ou qualquer pessoa que integre, de qualquer forma, uma investigação, precisa saber, exatamente, qual o alcance, e o limite, da atuação dos agentes da persecução. Precisa saber, inclusive, quais as conseqüências de seu eventual não-comparecimento às intimações ou requisições.

A jurisprudência tem enfrentado a questão. Transcreva-se, como exemplo: " Promotor de Justiça que é designado

pelo procurador-geral para acompanhar inquérito policial não fica impedido de oferecer denúncia, nem de funcionar na ação penal, pois que, em praticando ato de ofício, como tal previsto no art. 15, item III, da Lei Orgânica do Ministério Público, defeso é considerá-lo como tendo funcionado como *autoridade policial* no inquérito (arts. 252, I, e 258, do CPP)" (*RTJ* 107/98). E ainda: "É inescusável que ao Ministério Público incumbe o exercício da ação penal. Sua iniciativa, nesse ponto, independe da prévia existência de inquérito policial ou mesmo de encaminhamento, pelo juiz, de peças informativas a respeito de qualquer ilícito penal. Basta que lhe chegue ao conhecimento informações sobre fatos supostamente delituosos, autoria, temporalidade e elementos de convicção, para que possa e deva mesmo exercitar seu múnus legal. A participação, na fase investigatória, é incumbência que também se insere nas atribuições legais dos agentes do Ministério Público, posto que, na promoção e fiscalização da aplicação da lei penal, dada a circunstância de importar o crime em perturbação social, cujo interesse especial reclama eficaz proteção, pode ele providenciar a coleta de elementos informativos para o exercício de suas funções" (*RT* 510/392 – Tribunal de Justiça do Paraná).

Embora se reconheça a possibilidade de o Ministério Público investigar sem recorrer à Polícia Judiciária e ao procedimento por ela formalizado – o inquérito –, não se tem refletido essa investigação na persecução penal como um todo, na estrutura e nas formas do Direito Processual Penal. Não é apenas necessário que o Ministério Público garanta ampla defesa em sua apuração. É importante e urgente que a reforma do Código de Processo Penal integre essa investigação preparatória da ação penal – pelo Ministério Público –, nas formas de persecução penal.

2 – DOUTRINA NACIONAL

O DIREITO AO SILÊNCIO: TRATAMENTO NOS DIREITOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO

THEODOMIRO DIAS NETO

SUMÁRIO: Parte I: O silêncio do acusado no direito alemão – 1. Os fins do direito processual penal – 2. O acusado como sujeito do procedimento – 3. O acusado como objeto do procedimento (meio de prova) – 4. O direito ao silêncio e sua fundamentação jurídica: 4.1 O direito ao silêncio como direito de personalidade – 5. A proteção do direito ao silêncio dentro do CPP: 5.1 Métodos proibidos de interrogatório; 5.2 O dever de instrução do direito ao silêncio: 5.2.1 Os beneficiários do dever de instrução; 5.2.2 Exclusão de prova em face da violação do dever de instrução; 5.2.3 O momento do dever de instrução: o conceito de acusado; 5.2.4 A amplitude do direito ao silêncio; 5.3 A apreciação judicial do silêncio – Parte II: O silêncio do acusado no direito norte-americano: 1. O direito ao silêncio no julgamento (*trial*) – 2. O direito ao silêncio no interrogatório policial: 2.1 A resposta da Suprema Corte – 3. O dever de instrução de Miranda v. Arizona: 3.1 O conceito de custódia; 3.2 O conceito de interrogatório; 3.3 A validade da renúncia ao privilégio; 3.4 Miranda e o *teste de voluntariedade*; 3.5 A experiência após Miranda – Considerações finais – Bibliografia.

Parte I: O silêncio do acusado no direito alemão

1. Os fins do direito processual penal

Definir o fim do direito processual penal é uma tarefa complexa. Mais apropriado seria falar em fins do direito processual penal, visto que este está estruturado para exercer tarefas diversas. Embora haja certo consenso quanto à sua essência, divergências profundas existem quanto à amplitude destes diversos fins e, especialmente, quanto à forma como eles devem relacionar-se entre si. É exatamente o desafio de ponderação (*Abwägung*), de harmonização entre tarefas diversas a serem desempenhadas que torna esta área do direito especialmente fascinante, não somente ao jurista, mas a todo cidadão interessado em participar nas discussões da esfera pública.

A função específica fundamental do direito processual penal consiste na realização do direito penal material. O direito processual penal atua como instrumento, como *servidor* (*Diener*) do direito penal, preparando e organizando o *cenário* de que este necessita para ser efetivo (Hassemer, 1981: 110). Na ausência de procedimentos capazes de regular juridicamente a sua implementação, o direito penal estaria desprovido de eficácia, suas normas ficariam *no papel* e não poderiam servir como instrumento de que o Estado dispõe para assegurar as condições elementares (jamais suficientes) para uma coexistência social pacífica (Roxin, 1995; Hassemer, 1981). O direito processual penal oferece, assim, os procedimentos a serem observados pelo Estado na realização de seu poder punitivo; define as regras através das quais o Estado identifica, detém, condena e apli-

ca a pena àqueles que praticaram crimes. É exatamente o exercício de ponderação – não somente no plano normativo, mas na prática – entre esta tarefa específica de realização do direito material e as diversas outras tarefas do direito processual penal que definirá a forma como o poder penal será desempenhado em uma determinada comunidade jurídica.

A apuração da verdade é uma meta essencial do direito processual penal. Para que haja eficácia na aplicação do direito penal substantivo é necessário que o *caso produzido* seja verdade. A adequação material é pressuposto de uma sentença justa:

[O caso] não deve estar construído sobre dados inexistentes, assim como não lhe deve faltar dados relevantes; os dados devem estar confrontados entre si na mesma relação que possuem na realidade. Um caso *erroneamente* produzido somente pode resultar em uma sentença *injusta*, pois esta decide um caso diverso (irreal) ao que está a ela subjacente (Hassemer, 1981: 137).

É tarefa, pois, do direito processual penal definir *modelos de compreensão* que possibilitem que o juiz não erre na formação de sua convicção (*ibid.*). À vista disso, vale para o processo penal (ao contrário do processo civil) o *princípio da instrução*, segundo o qual o juiz deve proceder à averiguação da verdade material de forma independente, ou seja, desvinculada do contributo das partes. O fim de aclaração da verdade e restauração da paz jurídica rompida com a violação ao Direito legitima os amplos poderes investigatórios de que o Estado dispõe, invariavelmente invasivos dos direitos fundamentais do indivíduo. Mas o dever de apuração da verdade não fundamenta somente medidas jurídicas orientadas à condenação do culpado. É necessário ainda que se tomem precauções para proteger o inocente de acusações e condenações injustas. Em face da possibilidade sempre aberta do erro, os princípios humanistas de *presunção da inocência* e *in dubio pro reo* são pilastras de um procedimento penal orientado aos valores do Estado de Direito. Assume-se assim a possibilidade de absolvição do culpado face ao interesse maior de evitar a condenação do inocente.

A eficiência na prestação da justiça penal não é, pois, um valor absoluto. Em um Estado de Direito, a persecução penal deve estar submetida ao controle do Direito. É função do direito processual penal assegurar que os métodos estatais de prevenção e controle do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos de personalidade do acusado,[1] a sua privacidade, integridade moral e física, identidade pessoal. Visto desta forma, o direito processual penal não é somente veículo de realização do direito penal material, mas também *direito constitucional aplicado*, sendo indicador da cultura política e jurídica de uma sociedade.

Neste sentido, máxima do direito processual penal alemão é o *Fairnessprinzip*, com raízes no conceito de *fair trial* do direito comum inglês, que expressa o direito de todo acusado a um procedimento justo e equitativo. A interpretação alemã deste princípio, inserida no paradigma do Estado de Direito social, está associada à noção de *igualdade de armas* (*Waffengleichheit*) entre acusador e acusado:

A máxima do *fair trial* é produto e conseqüência de duas experiências simples, mas fundamentais. A primeira é que toda pessoa – mesmo sem haver contribuído – pode encontrar-se na posição de acusado. A segunda é que a apuração de uma suspeita não significa necessaria-

(1) Os termos *acusado* e *imputado* serão alternativamente utilizados para referir-se, de uma forma geral, àquele que se encontra na condição de objeto de um procedimento penal, seja este policial ou judicial.

mente a comprovação da culpa, podendo conduzir também à revelação da inocência (Müller-Dietz, 1981: 1206).

Tal princípio é expressão de uma cultura jurídica que concebe o direito processual penal não só como instrumento de proteção dos cidadãos contra o crime, mas como instrumento de proteção da dignidade do acusado diante de uma intervenção estatal excessiva. Desta forma, além de *servidor* do direito penal, ao direito processual atribui-se a função de *senhor* (*Herrscher*) do procedimento, de tal forma que este tenha *forma jurídica* (*Justizförmigkeit des Verfahrens*) e que o acusado não esteja desprotegido frente aos poderes coercitivos do Estado (Hassemer, 1981: 110).

A garantia de um *fair trial* corresponde ao reconhecimento de que a busca da verdade, como princípio ético-jurídico fundamental de uma sentença justa, pode entrar em conflito com interesses fundamentais do imputado, dos demais partícipes do procedimento e da sociedade como um todo. Tortura, invasão de privacidade, coação psíquica são exemplos dos rumos que pode tomar uma busca descontrolada da verdade. Em um Estado de Direito, o interesse de adequação material da sentença deve ser ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do imputado e demais participantes. É tarefa, pois, do direito processual penal definir instrumentos para deter e regular a busca da verdade, de tal forma a atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre Estado e cidadão, acusador e acusado.

Ao estabelecer normas que limitam a extensão do poder estatal de investigar o ocorrido, e que impedem acesso dos órgãos instrutores a informações cujo conhecimento seria de grande interesse para a elucidação da verdade (proibições de prova), o direito processual penal manifesta que o seu fim não é a verdade a qualquer preço, mas, a busca *dosificada* da verdade ou, em outras palavras, a verdade obtida em respeito ao *Fairnessprinzip*. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade e o privilégio contra a auto-incriminação são exemplos de *barreiras* que o direito processual penal criou visando limitar a busca da verdade (Hassemer, 1981: 142).

Assim, pode-se afirmar que a meta do direito processual penal não é a averiguação da verdade material, mas a obtenção formalizada da verdade. A convicção do juiz não corresponde à verdade material, mas à verdade obtida por via formalizada, à *verdade forense*, sendo a esta que se orienta a compreensão do procedimento (id., 1990: 279).

Compete ainda ao direito processual propiciar as condições para uma solução final do caso, de forma a garantir o restabelecimento da paz jurídica. O fato de que uma violação ao direito possa ser sancionada, reforça a credibilidade no sistema jurídico estatal, dissipando tendências de questionamento do monopólio estatal do poder punitivo (justiça privada). A solução do caso não é, em si, condição para a paz jurídica. Inerente à função pacificadora do direito processual penal é a forma como tal função é desempenhada (Müller-Dietz, 1981). Em um Estado de Direito, a eficácia na prestação da justiça penal deve estar conectada à garantia de sua forma jurídica; somente assim é possível a restauração da paz jurídica (Roxin, 1995). A obtenção da paz jurídica – meta fundamental de um direito penal orientado à garantia da liberdade e segurança dos cidadãos – pressupõe que o exercício do poder punitivo constitua um meio de estabilização normativa, contribuindo para reforçar a estabilidade de uma cultura jurídica fundada nos valores de um Estado constitucional democrático (aspecto positivo da prevenção geral).

A condenação do culpado, a proteção do inocente, a forma jurídica do procedi-

mento, a segurança jurídica, são valores igualmente necessários para a coesão de uma comunidade em torno do sistema jurídico estatal. Utilizando metáfora de Roxin, um procedimento penal não é uma *flecha* em condições de atingir diretamente o seu alvo; ao contrário, por ter que responder a demandas contraditórias, está estruturado de maneira dialética, necessitando de tempo para avaliar as diversas possibilidades e pontos de vista (1995: 4).

Tal relação dialética entre interesses diversos é o que confere o caráter dinâmico desta área do direito. Há situações – interdição do interrogatório como meio de prova [2] – em que o princípio da forma jurídica precede o interesse de adequação material. Mas esta não é uma posição absoluta, ao contrário, há hoje uma tendência de restrição das possibilidades de exclusão de prova em função do princípio da verdade material. Há situações ainda em que o interesse da paz jurídica entra em conflito com a adequação material da sentença. Admite-se, por exemplo, a possibilidade de revisão favorável ao condenado, caso se apresentem novos fatos ou meios de prova.[3] Tal possibilidade está, entretanto, excluída, se a revisão for desfavorável ao acusado, havendo, nestes casos, uma precedência da segurança jurídica sobre o interesse da verdade material.[4]

Este imanente esforço de compatibilização dos fins do direito processual penal poderia ser simbolizado como um pêndulo que se move entre duas posições fundamentais: o interesse de investigação (*eficientismo*) e o de proteção da personalidade do acusado (*garantismo*). Em um artigo norte-americano clássico sobre o tema, Herbert Packer (1964) define as duas visões fundamentais – o *due process model* e o *crime control model* – em torno do qual costuma se dividir o debate na área processual penal. Defensores do *due process model* estão dispostos a aceitar uma diminuição da eficiência do processo penal para coibir abusos estatais. Atribuem, assim, uma clara precedência à forma jurídica do procedimento, à proteção do acusado e a um direito processual penal ancorado na Constituição. De acordo com esta ideologia o procedimento criminal deve estar sujeito a controles e garantias que o impeçam de funcionar com máxima eficiência: "Máxima eficiência significa máxima tirania" (Parker, 1964: 16). Partidários do *crime control model* acentuam, por sua vez, o controle do crime como função fundamental de um processo penal. Costumam identificar-se como *realistas*, defendendo a ampliação dos poderes investigatórios do Estado e a flexibilização das garantias formais do acusado como meio de aceleração e eficiência do sistema de justiça criminal.

Uma análise dos desenvolvimentos político-criminais nos países democráticos do Ocidente evidencia uma clara tendência de afirmação do *eficientismo* em detrimento das posições garantistas. A crescente prioridade assumida pela *questão criminal* na agenda político-eleitoral dos países, tem impulsionado reformas direcionadas a ampliar a competência investigatória e punitiva do Estado à custa de uma erosão das tradições do Estado de Direito no âmbito penal (Albrecht, 1993). O Tribunal Constitucional alemão confirma esta tendência, enfatizando, a partir dos anos 70, o dever do Estado de Direito em manter a *funcionalidade da prestação de justiça penal*.[5] A eficácia da justiça, afirma o Tribunal, justifica-se em função de um *dever de*

(2) § 136a III, do CPP.

(3) § 359, V do CPP (Revisão favorável ao acusado).

(4) § 362, do CPP (Revisão desfavorável ao acusado).

(5) *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege.*

proteção perante a coletividade que deve coexistir com um *dever de proteção perante o indivíduo*. De fato, a realização do direito penal não seria possível sem a *funcionalidade da justiça penal*. Tal conceito se torna, entretanto, problemático quando se converte, como no caso concreto, em *topos* argumentativos em favor de políticas criminais restritivas das garantias do acusado (Roxin, 1995: 4; Hassemer, 1990a: 30). Afinal, é também interesse da coletividade que o processo se desenvolva dentro das formas da lei, de tal forma que ninguém seja acusado ou condenado injustamente. Conforme se mencionou, não há paz jurídica sem observação do *Fairnessprinzip*.

2. O acusado como sujeito do procedimento

O desenvolvimento de um procedimento penal, explica Hassemer, envolve um processo de *compreensão* ou *comunicação* orientado à apuração formalizada da verdade (1981: 117 *et seq.*). É tarefa do sistema jurídico assegurar e regular esta compreensão. O direito penal material oferece as coordenadas sobre os fatos a serem averiguados no curso do procedimento. Sem o direito penal, fixando os elementos do fato punível e os critérios de punibilidade e de determinação da pena, o procedimento não teria meta, estaria desprovido de referências sobre aquilo que deve ser investigado e deliberado.

O direito processual penal, por sua vez, disciplina como um caso deve ser produzido, define as normas reguladoras da comunicação que se estabelece entre os participantes do procedimento. A forma como se desenvolverá este processo de compreensão em cada caso é, não obstante, somente em parte passível de uma previsão jurídica. Cada procedimento é único, representa um evento histórico, dinâmico, produzido pelo conjunto de interações entre os participantes do processo de compreensão. A isto se refere Hassemer ao definir a compreensão do procedimento penal como uma *compreensão cênica* (*szenisches Verstehens*) que vai além de uma mera análise de textos (1981: 113 *et seq.*). O direito processual penal não está, pois, em condições de determinar exaustivamente o seu objeto (o procedimento penal), sua tarefa limita-se a definir modelos de compreensão cênica que ordenam e asseguram a produção do caso, vinculando as partes a determinadas formas de interação e comunicação:

"O procedimento refere-se a seqüências de comportamentos, com ações, que por sua vez constituem reações às suas próprias ações e às ações de outros. Os participantes no procedimento relacionam-se entre si (perguntam, respondem, contradizem, concedem) e estão referidos a um modelo de transcurso de suas ações: o direito processual penal" (Hassemer, 1981: 116).

As diferenças entre os procedimentos ao longo da história, prossegue o autor, está exatamente na forma como os direitos processuais estruturam a compreensão cênica. Nos processos inquisitivos da Idade Média ou, ainda hoje, em Estados totalitários, esta compreensão se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica.

A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas idéias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo. Trata-se de uma extensão ao imputado do *status* de cidadão: daquele que deixa a sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse.

Alguns autores, à luz da *Teoria da ação comunicativa* de Jürgen Habermas, interpretam este desenvolvimento como um fortalecimento da competência comunicativa do acusado. A otimização comunicativa, a criação de uma *situação ideal de discurso* são demandas no sentido de que o acusado possa participar na produção de seu caso, interferindo e influindo argumentativamente no processo de compreensão que se estabelece dentro de um procedimento penal (Müller-Dietz, 1981; Hassemer, 1981).

Uma interpretação das garantias do acusado com base na teoria do discurso de Habermas deve, todavia, ser feita com reservas. A postulação por extinção das barreiras comunicativas, pela ampliação da capacidade discursiva do acusado, deve ter como limite a exigência de formalidade do procedimento, ou, em outras palavras, o *caráter institucional da comunicação no procedimento penal*: "A produção do discurso livre de dominação significaria a supressão do procedimento e com isto a possibilidade de aplicar o direito de acordo com as formas jurídicas" (Hassemer, 1981: 125).

O processo penal possui funções que deve desempenhar à custa dos elementos comunicativos. A vinculação dos participantes a determinadas formas de comunicação e interação, a vigência de modelos jurídicos obrigatórios de compreensão cênica são pressupostos necessários para que o procedimento possa cumprir com os seus diversos objetivos. O sistema jurídico não pode deixar o transcurso do procedimento à mercê da causalidade ou da voluntariedade das partes; ao contrário, deve intervir para possibilitar e assegurar que a compreensão cênica transcorra mediante regras processuais adequadas. No direito processual penal os modelos de compreensão cênica não são *propostas* mas *exigências*. Há, por conseguinte, um *profundo abismo* entre o discurso institucional do procedimento penal e a concepção ideal de Habermas do *discurso livre de dominação* (Hassemer, 1981: 128).

Isto tampouco significa, prossegue o autor, que um seja o *pólo oposto* do outro. As garantias processuais são conquistas logradas em uma luta por melhorar a posição jurídica do acusado, garantindo-lhe a condição de *sujeito* do procedimento. Em países democráticos o acusado não se encontra mais em uma posição passiva de desproteção perante a imputação estatal. O acusado dispõe hoje de uma série de direitos constitucionais e processuais que lhe assegura possibilidades de intervir e influenciar no desenvolvimento de seu caso. A intervenção do acusado dá um caráter interativo à compreensão cênica do procedimento penal. Entre os *direitos de participação ativa,*[6] destaca-se o direito de audiência judicial,[7] por força do qual todo acusado deve ser ouvido pelo juiz de maneira justa e eqüitativa (Roxin, 1995: 107). Também de grande significado para o fortalecimento da capacidade argumentativa do imputado é o direito a um advogado, ou seja, o direito à presença de um profissional que conheça o ritual da compreensão cênica do procedimento e que dê apoio ao seu discurso. Ao lado destes, a posição de sujeito processual do imputado concretiza-se através de uma série de garantias previstas no CPP, tais como o direito de: solicitar provas antes da apreciação judicial da denúncia (§ 201); recusar o juiz (§ 24); estar presente nas audiências (§ 230);[8] solicitar provas (§§ 219, 244 a 246), formular perguntas a

(6) *Aktive Beteiligungsrechte.*

(7) Art. 6, I, da Convenção Européia de Direitos Humanos, e art. 103 I, da CF.

(8) No direito alemão, a presença do acusado no interrogatório e nas audiências não é somente um direito, mas uma obrigação que se aplica às diversas fases do procedimento. Como regra geral, não haverá audiência oral sem a presença do réu. Nestes casos se ordenará a sua condução coativa,

testemunhas e peritos (§ 240, II), interpor recursos (§ 296) etc.

3. O acusado como objeto do procedimento (meio de prova)

O acusado não é, contudo, somente partícipe da compreensão cênica, mas também objeto desta, visto que sobre ele recai uma suspeita que o converte em foco de uma investigação. A compreensão cênica não está orientada à *verdade* de todos os participantes do procedimento, mas somente à verdade do imputado. É o acusado e o fato a ele imputado que constituem o objeto da decisão judicial (Hassemer, 1981).

Muito embora o direito processual penal moderno tenha abdicado do contributo do acusado na elucidação da verdade, é inegável que este continua a exercer um papel essencial como meio de prova, porquanto aquilo que ele diz e a forma como ele se comporta possuem um grande peso na formação da convicção do juiz. Tecnicamente é possível uma decisão baseada exclusivamente no depoimento do imputado (Roxin, 1995: 176). A sua posição como meio de prova justifica uma série de medidas coativas contra a sua liberdade pessoal (busca e apreensão domiciliar, prisão preventiva etc.) ou a sua integridade física (busca pessoal, exame de sangue etc.).

Apesar do exposto, o acusado não constitui um meio formal de prova, tal qual a testemunha. Meio de prova no sentido técnico é o acusado somente quando este é objeto de investigação corporal [9] (ex.: exame físico ou psíquico, fotografia, impressões digitais etc.).

Da dialética desta dupla posição como sujeito (portador de direitos de participação ativa) e como objeto (meio de prova) do procedimento resulta uma posição diferenciada do imputado no sistema de provas. À vista disso, também em sua condição de objeto de investigação, como participante passivo, o acusado não se encontra mais desprotegido, usufruindo de *direitos de participação passiva* [10] (Roxin, 1995). Qualquer coerção estatal contra o seu direito de liberdade deve observar o princípio da proporcionalidade e a proteção de sua dignidade. Além disto, a sua autonomia pessoal é garantida através da *liberdade de participação e de declaração*:[11] o acusado é obrigado a submeter-se a medidas coercitivas, mas jamais está obrigado a participar ativamente em sua aplicação [12] e possui a possibilidade de optar pelo silêncio quando este caminho lhe parecer mais conveniente para a sua defesa.

4. O direito ao silêncio e sua fundamentação jurídica

A liberdade de declaração é expressão fundamental do *privilégio contra a autoincriminação*, ou seja, o direito de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Constitui pois um direito de defesa perante o Estado (*Abwehrrecht*), com duas dimensões correspondentes às duas formas possíveis de defesa que se encontram à disposição do acusado: uma dimensão positiva que garante a possibilidade de

ou se decretará ordem de prisão. Trata-se de um discutido instrumento de proteção do acusado. Com base no mesmo princípio, o direito alemão estabelece os casos de defesa necessária (§ 140, do CPP)..

(9) §§ 81, 81a, 81b, do CPP.

(10) *Passive Beteiligungsrechte.*

(11) *Mitwirkung – und Aussagefreiheit.*

(12) Trata-se de uma diferença muitas vezes sensível; o imputado pode, por exemplo, ser coagido a submeter-se a um exame de sangue (§ 81a, do CPP), mas não ser obrigado a submeter-se ao *bafômetro* para controle de dosagem alcoólica, visto que neste caso estaria atuando ativamente para a sua auto-incriminação.

defesa ativa frente a uma imputação e uma negativa, correspondente ao direito ao silêncio (Eser, 1990). A garantia do silêncio é, desta forma, um instrumento de fortalecimento das condições de comunicação forense do acusado.

Muito embora a possibilidade do silêncio esteja hoje consolidada a ponto de ser considerada, utilizando expressão alemã, uma *trivialidade processual*,[13] esta necessitou de um longo processo de desenvolvimento para afirmar-se como direito válido e não constituir uma simples possibilidade fática. Embora, para alguns autores, as suas raízes já possam ser identificadas no Velho Testamento e, posteriormente, no direito canônico, o privilégio contra a auto-incriminação passa a adquirir a sua forma moderna na Inglaterra. Após a edição da Magna Carta (1215) e durante o longo processo de reformas que a sucede visando à instauração de um sistema processual acusatório, a liberdade de declaração vai sendo gradualmente reconhecida até constituir-se, em meados do século XVII, em princípio do direito comum. Tal princípio foi, posteriormente incorporado pela Constituição americana, sendo hoje base de um procedimento penal em um Estado de Direito (Rogall, 1977). Na Alemanha, o privilégio terá o seu verdadeiro reconhecimento durante o século XIX, quando, sob a influência das idéias iluministas, inicia-se o processo de introdução do princípio acusatório no processo penal.

4.1 O direito ao silêncio como direito de personalidade

O direito ao silêncio representa um princípio essencial do direito processual penal [14] e encontra-se positivado pelo art. 14 III do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 16.12.1966 ratificado pela República Federal Alemã em 17.12.1973. Muito embora a Constituição alemã não disponha expressamente, há um relativo consenso com relação à base constitucional do direito ao silêncio.

A posição dominante da doutrina é de que o direito ao silêncio encontra o seu fundamento no art. 2.º I c/c arts.1.º I e 19 II, da CF. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º I), na qualidade de principal direito de liberdade, é ponto de partida de todos os direitos de defesa dos cidadãos perante o Estado (Seifert, 1991: 45). O art. 19 II determina que nenhum direito fundamental pode ser violado em seu núcleo essencial (*Wesensgehalt*). Este núcleo é intangível, determina um *limite absoluto* (*absolute Eingriffsgrenze*) ao legislador, ao Judiciário e à administração. A referência ao art. 1 I deriva de seu caráter supremo dentro da Constituição alemã; a *proteção da dignidade da pessoa humana* é o mais alto valor da Constituição e permeia todos as demais normas que a compõem. Tal princípio constitui o *núcleo absoluto* (*absoluter Kernbereich*) e intangível de todos os direitos fundamentais.[15] Em síntese, o direito ao silêncio é expressão da proibição contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, que por possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador.

Há situações em que o interesse da vida em sociedade pode justificar, respeitado o princípio da proporcionalidade, uma limitação dos direitos individuais. Tais limitações são legítimas à medida

(13) *Prozessuale Binsenwarheit.*

(14) Tribunal Constitucional: BVerfGE 56, 37, 43; Supremo Tribunal de Justiça: BGHSt 14, 358, 364; 38, 214.

(15) Em outras palavras, a dignidade humana representa o núcleo absoluto (*absoluter Kernbereich*) de todos os direitos fundamentais. Estes possuem ainda um núcleo essencial (*Wesensgehalt*) que se diferencia de acordo com a natureza de cada direito. Ambos são intangíveis.

que não atinjam esferas indisponíveis da liberdade pessoal.[16] É por esta razão que o direito alemão, em um juízo de ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide pelo último. Trata-se de uma decisão constitucional em favor do direito de personalidade do acusado; o princípio da verdade material é limitado visando proteger o núcleo absoluto do direito de personalidade do acusado (a sua dignidade humana) que estaria ameaçado diante de uma coação à auto-incriminação.

O pensamento jusnaturalista refere-se ao privilégio contra a auto-incriminação como um *direito natural à autoproteção*,[17] que deriva de uma *necessidade de autopreservação*.[18] Muito embora este não seja o espaço para uma reflexão jusnaturalista do tema, a noção de *autoproteção* contribui para uma compreensão da posição de vulnerabilidade daquele que se encontra frente a uma imputação penal. A preservação dos próprios bens jurídicos – honra, liberdade, propriedade – configura um interesse legítimo de qualquer pessoa que se encontra na posição de foco de uma acusação penal. Qualquer violação ao direito de uma pessoa *atuar em seu próprio favor, de pertencer a si mesmo* constitui uma violação à área intangível do direito de personalidade (Rogall, 1977: 146).

(16) Neste sentido a declaração do Tribunal Constitucional: "daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzer unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Entwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der 'verfassungsmäßigen Ordnung' sein; es müßte durch das BVerfG für nichtig erklärt werden" (Rogal, 1977: 143-4).

(17) *Naturrecht des Selbstschutzes.*

(18) *Gebot der Selbsterhaltung.*

5. A proteção do direito ao silêncio dentro do CPP

Do caráter de direito fundamental da liberdade de declaração resulta uma obrigação estatal em garantir a sua validade. É este o sentido dos diversos dispositivos processuais a serem analisados nos próximos itens. Ou seja, tais dispositivos não devem ser interpretados como fundamentos do direito ao silêncio, mas como medidas orientadas a proteger um direito material, cuja base jurídica encontra-se fora do CPP.

5.1 Métodos proibidos de interrogatório

O interrogatório não é somente um meio de elucidação da verdade, mas, principalmente um instrumento de defesa do acusado. De acordo com o § 136 II, do CPP "o interrogatório deverá dar ao acusado a oportunidade de eliminar os motivos de suspeita que contra ele existem e de fazer valer os fatos que lhe forem favoráveis", o que envolve inclusive, segundo posição dominante da doutrina, um *direito à mentira*.[19] O interrogatório deve produzir-se, pois, em conformidade com a dignidade do imputado e com todos os direitos que a lei lhe confere.

O dispositivo central de proteção à liberdade de declaração é o § 136a, do CPP, por força do qual se consideram

(19) A mentira é um direito do acusado (*Recht auf Lüge*) desde que a sua prática não resulte em crimes. Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa e tampouco como critério para aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto que o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido. A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa, no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indícios da personalidade do acusado (Roxin, 1995: 178).

inadmissíveis, como método de interrogatório: (a) todas as formas de influência física (maus tratos, esgotamento, violência corporal, administração de substâncias); (b) todas as formas de influência psíquica (engano, hipnose, ameaça, promessa de vantagem não previstas em lei, tortura); (c) medidas que prejudiquem a memória ou a capacidade de compreensão do acusado (Roxin, 1995:180). O artigo aplica-se a todas as fases do procedimento, embora vise especialmente ao interrogatório policial onde há maior incidência de arbítrio. Uma violação deste artigo ocorrerá toda vez que a liberdade de *decisão voluntária e de atuação da vontade do acusado* for violada em virtude de uma coerção não admissível pelo direito processual penal. Nestes casos, a declaração será considerada inválida como meio de prova.[20] Por ser o § 136a, do CPP uma expressão da obrigação estatal de proteção da dignidade humana (art. 1.º, da CF), a sua aplicação independe do consentimento do acusado, tanto no que se refere ao interrogatório quanto ao seu posterior aproveitamento como meio de prova. O artigo expressa a posição do acusado como sujeito processual que, mesmo em sua condição de meio de prova, não deve estar desprotegido.

Do ponto de vista jurídico-material, a coerção à confissão está sancionada pelo § 343, do CP. O tipo *extorsão de depoimento*[21] penaliza a utilização de maus tratos, uso ou ameaça de violência, e tortura psíquica utilizados com a finalidade de forçar o acusado a declarar, a explicar algo ou a omitir. Dentro da compreensão de maus tratos (também prevista pelo § 223, do CP) está o incriminado também protegido contra as *formas modernas de tortura* como, por exemplo, a manutenção em uma solitária ou em cela escura.

5.2 O dever de instrução[22] *do direito ao silêncio*

Do caráter prioritário que o ordenamento jurídico destina à proteção do direito ao silêncio resulta a obrigação estatal de instruir, ou seja, de informar sobre tal direito. Trata-se de um dever de assistência, de tutela do Estado (*Fürsorgepflicht*). O legislador decidiu neste caso por não pressupor o conhecimento do direito e visou assegurar, com o dever de instrução, que ninguém, por ignorância da lei, sinta-se psiquicamente pressionado a contribuir ativamente com o Estado através de declarações autoincriminatórias.

5.2.1 Os beneficiários do dever de instrução

a) O acusado

O dever de instrução vale para todas as fases do procedimento penal: o inquérito policial,[23] a fase intermediária[24] e a ação penal.[25] De acordo com o § 136, do CPP, ao início do *primeiro interrogatório* (inquérito policial) se advertirá o acusado de que este "é livre, segundo a lei, para manifestar-se sobre a imputação

(20) Isto não significa, entretanto, que meios de prova obtidos em função de um interrogatório ilegal sejam necessariamente invalidados. Segundo opinião dominante, quando, por exemplo, o acusado de um homicídio, sob a influência de uma ameaça, não somente confessa o crime, como também indica o lugar onde escondeu o corpo, será legítima a apreciação judicial deste como meio de prova. Nestes casos é dada precedência ao interesse de apuração da verdade material em relação à forma jurídica do procedimento. (Roxin, 1995: 3).

(21) *Aussageerpressung.*

(22) *Belehrungspflicht.*

(23) §§ 115 III 1, 128 I 2, 162 I, 163 a III 2, 163 a IV 2 c/c § 136 I 2, do CPP.

(24) §§ 202 (1), 162 I, 136 I 2, do CPP.

(25) §§ 243 IV 1, 324 c/c § 136 I 2, do CPP.

e não declarar sobre o caso". O § 163a, do CPP expressa que não somente o juiz, como também o Ministério Público e a polícia estão obrigados à instrução. Isto significa que o acusado deve ser instruído antes de *todo primeiro interrogatório* realizado por cada um destes órgãos. Caso o acusado, o que não é raro, seja interrogado primeiro pela polícia, depois pelo promotor público e finalmente pelo juiz, este deverá ser três vezes instruído (Eser, 1990: 153). Mais além, numa situação em que o acusado já houver sido interrogado e instruído por um determinado órgão, e volte a ser ouvido pelo mesmo órgão, é necessário que se instrua uma vez mais, caso novas suspeitas tenham surgido e o objeto do interrogatório tenha se modificado ou se ampliado.

Durante o processo judicial o réu será, da mesma forma, avisado "de que é livre para pronunciar-se sobre a acusação ou de não declarar sobre o caso" (§ 243 IV, do CPP). Há, ainda, uma série de dispositivos do CPP prevendo outras possibilidades de aplicação do dever de instrução, tais como nos casos de interrogatório sob custódia.

A intenção do legislador em proteger o imputado em sua posição de sujeito do procedimento evidencia-se ainda no fato de o dever de instrução não estar restrito à liberdade de declaração. Para que possa decidir conscientemente sobre como pretende dispor desta liberdade – através do silêncio ou da intervenção ativa – o imputado deve ter conhecimento da acusação contra a qual deve defender-se. À vista disso, nos casos de interrogatório perante o promotor público ou o juiz, o acusado deve ser informado do fato a ele imputado e dos dispositivos penais que estão sendo aplicados (§ 136 I, do CPP). Com relação à polícia, todavia, da qual não se pode sempre presumir um conhecimento exato do direito, a obrigação de informar limita-se aos fatos, não havendo dever de instrução sobre a natureza jurídica da imputação (§ 163a IV, do CPP). Esta elucidação sobre o caráter da imputação deve ser dada antes do primeiro interrogatório. Muito embora não seja necessária uma explicação minuciosa de todos os detalhes conhecidos do fato, é necessário que o inquirido esteja suficientemente ciente da acusação que lhe é formulada, para que não seja depois surpreendido com acusações desconhecidas.

Uma garantia da liberdade de declaração se dá ainda quando ao acusado é concedido o direito "a qualquer momento, também antes do interrogatório, de consultar um advogado por ele escolhido", direito este que também deve ser instruído pela autoridade interrogante (§ 136 I, do CPP). A presença de um advogado contribui para que o incriminado utilize devidamente a sua liberdade de depoimento, potencializando assim a sua possibilidade de influenciar nos rumos de seu caso.

b) A testemunha

Não somente o acusado desfruta do privilégio do silêncio; também a testemunha, normalmente obrigada a declarar, pode, em determinadas circunstâncias, silenciar-se.

O § 55, do CPP [26] determina que toda testemunha poderá negar-se a dar informação diante de uma pergunta, cuja resposta possa submeter, a ela ou a determinados familiares, ao risco de uma investigação por ilícito penal ou administrativo. A testemunha deverá ser notificada de seu *direito a não dar informações.*

O direito de personalidade, que exime o indivíduo da obrigação de contribuir ativamente em uma intervenção sobre seus bens jurídicos, se estende também a específicos familiares do acusado (noivo, cônjuge, e determinados parentes próximos): "Seria uma violação do direito de

(26) Direito a não dar informação (*Auskunftsverweigerungsrecht*).

personalidade, pressionar alguém a incriminar um familiar" (Rogall, 1977: 151). O sentido do § 52, do CPP,[27] explica a doutrina, está em poupar determinadas pessoas do conflito interno entre o *dever da verdade* e o *amor de família*. Ademais, a credibilidade de um depoimento desta natureza seria extremamente questionável para justificar uma interferência na esfera familiar.

De acordo com os §§ 53[28] e 53a,[29] do CPP, usufruem também um direito a não testemunhar (muito embora nem sempre ilimitado) determinadas pessoas que, em razão de exercício profissional, estão obrigadas ao silêncio: advogado do acusado, médicos, religiosos, parlamentares, jornalistas etc.

5.2.2 Exclusão de prova em face da violação do dever de instrução

O dever de instrução expressa o intuito do legislador em evitar uma autoincriminação involuntária em virtude de desconhecimento da lei. A questão se uma violação a este dever constitui motivo de interdição de aproveitamento de prova (*Beweisverwertungsverbot*) é objeto de discussão.

A posição anterior do Supremo Tribunal de Justiça era de não admitir esta possibilidade com o argumento de que o dever de instrução constituía *uma mera disposição regulamentar*.[30] Em decisões posteriores, o Tribunal passou a admitir a possibilidade em casos de violação judicial do dever de instrução durante o processo, mas continuou denegando a exclusão de prova em casos de violação policial.[31] Tal entendimento propiciava uma situação paradoxal: havia uma determinação legal do dever policial de instrução, mas faltavam instrumentos para garantir a eficácia deste dever, visto que os interrogatórios policiais realizados sem a instrução dos direitos do acusado eram aceitos como meios de prova.

Em 1992, o Supremo Tribunal de Justiça, em decisão aclamada pela doutrina, modificou a sua posição superando a criticada diferenciação entre os deveres judicial e policial de instrução.[32] A decisão reafirma o direito ao silêncio como instituto central de proteção do acusado e o dever de instrução como elemento essencial de um *fair trial*, sendo a sua violação, também pela polícia, motivo de exclusão do interrogatório como meio de prova. Ao divergir de sua posição anterior, o Tribunal acentua que a instrução policial é ainda de maior importância, uma vez que neste estágio do procedimento o acusado encontra-se numa posição de especial vulnerabilidade e despreparo frente à acusação, o que justifica medidas especiais de proteção.

A decisão do Tribunal prevê, entretanto, exceções à regra. Não é caso de interdição do interrogatório mesmo na ausência de instrução quando: (a) ficar constatado que o imputado tinha conhecimento de seu direito ao silêncio; (b) o réu, defendido no processo judicial, concordar expressamente com a utilização de seu depoimento na polícia ou deixar de questioná-lo dentro do prazo legal; (c) o réu indefeso é instruído pelo juiz de que pode opor-se ao depoimento prestado na polícia. O sentido das exceções é de que, nestes casos, ou o acusado, conhecendo o seu direito, declarou volun-

(27) Direito a não testemunhar por motivos pessoais (*Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen*).

(28) Direito a não testemunhar por motivos profissionais (*Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen*).

(29) Direito a não testemunhar do colaborador profissional (*Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer*).

(30) BGHSt 22, 170.

(31) BGHSt 25, 325; 31, 395.

(32) BGHSt 38, 214.

tariamente, ou reparou o erro de uma omissão de instrução através de sua posterior concordância. O Tribunal justifica que, embora a obrigação de instrução independa do conhecimento jurídico do acusado, aquele que é consciente de seus direitos não necessita do mesmo nível de proteção daquele que os ignora.

Roxin considera a decisão digna de aplauso, mas formula uma ressalva quando esta afirma que em caso de ausência de clareza quanto à existência ou não de instrução caberá ao juiz decidir avaliando o conteúdo do interrogatório.[33] Ainda que acentue não ser o conhecimento do direito ao silêncio presumível, o Tribunal entendeu que, em determinadas situações, tal presunção é sim possível. A decisão exemplifica que o conhecimento do direito pode ser *como regra presumido* quando o inquirido estava acompanhado de um advogado, devendo nestes casos prevalecer o interesse de prestação de justiça com o reconhecimento da validade do interrogatório. Roxin critica a possibilidade de apreciação judicial em casos de dúvida como uma violação ao princípio *in dubio pro reo*, que não se aplica somente em caso de dúvidas quanto à culpabilidade do acusado mas também na dúvida quanto a aspectos formais do procedimento. Neste sentido, afirma o autor, "quando não está claro se um acusado foi instruído sobre o seu direito ao silêncio, permanece sempre aberta a possibilidade da instrução não ter sido realizada" (1992: 923).

5.2.3 O momento do dever de instrução: o conceito de acusado

A obrigação policial, ratificada pelo Supremo Tribunal de Justiça, de informar o acusado sobre o conteúdo da imputação e sobre os seus direitos no interrogatório, suscita um problema bastante sensível com relação ao momento em que se configura a posição de acusado. A discussão é de grande importância para o tema, visto que o dever de instrução policial somente se aplica ao interrogatório do acusado (*Beschuldigte*); ou seja, as indagações de caráter informativo (*informatorische Befragung*), formuladas pela polícia no local do crime ou nos primeiros momentos da investigação, visando esclarecer as circunstâncias gerais dos fatos e identificar as fontes de informação, não demandam instrução. Nesta fase da investigação surge com freqüência a figura intermediária do *suspeito* (*Verdächtig*) sobre quem ainda não há uma posição processual definida, ou seja, "do suspeito pode resultar um acusado, mas pode também resultar uma testemunha" (Müller-Dietz, 1981: 1221). O suspeito pode ser inclusive objeto de medidas restritivas de liberdade (ex.: medidas para constatação de identidade),[34] muito embora não haja um dever de instrução com relação aos seus direitos ao silêncio e à presença de um defensor. A dificuldade da questão reside, pois, em determinar qual é o momento em que se configura este dever de instrução. Em outras palavras, onde está a fronteira que divide o *suspeito* do *acusado*, a *indagação informal* do *interrogatório*.

O conceito de acusado é motivo de grande discussão, uma vez que o CPP não oferece nenhuma definição formal do termo. A dificuldade da questão está em como estabelecer critérios que possam determinar com relativa precisão qual é o nível de suspeita necessário para converter um suspeito, ou aquele que é objeto de indagações informativas, em acusado. Muito embora uma acusação formal não seja requisito para o estabe-

(33) A crítica de Roxin refere-se à seguinte frase da decisão: "Läßt sich nicht klären, ob der Hinweis gegeben worden ist oder nicht, so darf der Tatrichter den Inhalt der Vernehmung verwerten".

(34) § 163b I, do CPP.

lecimento do dever de instrução, é necessário que haja medidas estatais que evidenciem o intuito de imputar um crime a uma determinada pessoa (Roxin, 1995: 179). A jurisprudência refere-se a uma combinação de aspectos objetivos e subjetivos em que se devem considerar não somente a situação do procedimento e as medidas legais adotadas, mas também o comportamento dos policiais frente ao inquirido (uso de força, privação de liberdade etc.).[35]

O risco a ser evitado é que a polícia, interessada na eficiência da investigação, utilize-se indevidamente de seu poder discricionário, prolongando-se mais do que o necessário na esfera das *indagações informativas* para evitar o momento da instrução. Maiores esclarecimentos são necessários para evitar que as *indagações informativas* se constituam instrumento de manobra para privar o acusado de seus direitos. À vista disso, sustenta Rogall, para que a instrução do direito ao silêncio possa cumprir com os seus objetivos é necessário assegurar que esta ocorra o quanto antes (1977: 259).

Mas, tal qual exposto, não somente o acusado usufrui de um direito ao silêncio. Uma testemunha pode ser objeto de uma suspeita e neste caso também possui o direito (a ser instruído) de não fornecer informações auto-incriminatórias. A *testemunha suspeita* (*verdächtige Zeuge*) se diferencia, entretanto, da figura do acusado, pois ela ainda não é foco de uma persecução penal. Sobre a testemunha suspeita recai somente uma ameaça, enquanto que o acusado já é objeto de uma imputação (Rogall, 1977: 22).

A proteção do privilégio contra a auto-incriminação da testemunha também apresenta suas fendas. A jurisprudência dominante entende que o dever de instrução em relação à testemunha se constitui somente quando o inquiridor tiver motivo fundamentado para concluir que esta está se incriminando, ou seja, quando surge uma suspeita. O risco é que até que se tome esta decisão a testemunha já tenha cometido tantos danos a si própria, que quando a instrução for feita, esta já terá perdido o seu sentido de proteção contra a auto-incriminação (Rogall, 1977: 189). Para evitar que a testemunha se converta em meio ativo de prova contra si mesma, seria de se recomendar que a instrução se desse logo no início do depoimento. Uma outra lacuna no que se refere à proteção das testemunhas está na inexistência de uma posição jurisprudencial clara com relação à invalidade de um depoimento obtido em violação ao dever de instrução.

Há uma série de propostas no sentido de uma maior formalização da posição do acusado, visando evitar algumas das referidas imprecisões. Ainda que uma clarificação da questão seja necessária é importante ter em mente que qualquer tentativa nesta área – via formalização ou antecipação da posição do acusado – possui o risco de um *efeito-bumerangue*. Trata-se, em outras palavras, da possibilidade de que a polícia e o Ministério Público desempenhem o trabalho de investigação antes da determinação oficial, evitando com isto que o trabalho de elucidação do crime seja bloqueado pelos direitos do acusado. Nestes casos, o suspeito ou a testemunha estaria assumindo o *status* formal de acusado quando as decisões fundamentais de seu caso já tivessem sido tomadas pela acusação (Müller-Dietz: 1225).

5.2.4 A amplitude do direito ao silêncio

Controversa também é a questão da amplitude do direito ao silêncio, isto é, com relação às matérias sobre as quais o acusado não está obrigado a manifestar-se. A lei prevê que o acusado deve ser

(35) BGHSt 38, 214.

instruído de que "é livre para manifestar-se sobre a imputação e de declarar ou não sobre o caso". Face a isto, discutível é a questão se o direito ao silêncio somente se aplica a informações sobre *o caso* ou também a informações sobre a *pessoa*. A interpretação tradicional é de que o incriminado está obrigado a prestar informações pessoais orientadas à *averiguação de sua identidade*, podendo, em caso de recusa, ser punido, como qualquer outro cidadão, com pena de multa de acordo com a *Lei de Contravenção à Ordem Administrativa*.[36]

Parte da doutrina posiciona-se criticamente frente a esta limitação do direito ao silêncio, uma vez que informações sobre a identidade podem, em determinados casos, equivaler a uma auto-incriminação. Quando, por exemplo, o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equivale a uma confissão de autoria, a obrigação de fornecer dados pessoais seria incompatível com o privilégio contra a auto-incriminação (Eser, 1990; Müller-Dietz, 1981). Neste sentido, uma proteção integral do privilégio deveria incluir o reconhecimento de uma liberdade ilimitada de declaração.

5.3 A apreciação judicial do silêncio

Há divergência se o silêncio do acusado pode ou não ser apreciado pelo juiz na determinação da sentença. Anteriormente, a posição dominante era de que o CPP não previa nenhuma limitação ao princípio da livre apreciação de provas pelo juiz.[37] Tal posição é hoje minoritária. Para se compreender o estádio atual da discussão é necessário diferenciar entre os casos de silêncio total momentâneo e parcial.[38]

a) O silêncio total do acusado

Nas situações em que o acusado se recusa a qualquer tipo de declaração ou se limita a contestar a autoria, há certo consenso de que o exercício deste privilégio não pode ser utilizado em seu desfavor (Roxin, 1995: 94; Rogall, 1977: 247). A argumentação jurídica para esta posição é de que a apreciação judicial do silêncio representaria uma restrição à liberdade de declaração. O imputado não deve estar limitado em suas possibilidades de defesa em razão de um temor de que a sua decisão pelo silêncio possa ser interpretada como indício de culpa. Ademais, é arbitrária qualquer presunção que veja a culpa como motivação psicológica de uma opção pelo silêncio. Haveria, neste caso, uma situação paradoxal de alguém sendo punido pelo exercício de um direito garantido pela Constituição. O princípio da livre apreciação de provas deve ser interpretado à luz das garantias constitucionais do acusado, ou seja, deve ter como limite o reconhecimento do direito de toda pessoa em não contribuir para a sua própria incriminação, o que envolve também a possibilidade do silêncio (Rogall, 1977: 249).

b) O silêncio momentâneo do acusado

O mesmo entendimento se aplica quando o acusado recusa-se a declarar somente em determinadas fases do procedimento (Roxin, 1995: 94; Rogall, 1977: 251). Nestas situações, a proibição da apreciação judicial do silêncio aplica-se independentemente do estádio processual em que tal direito foi exercido.

c) O silêncio parcial do acusado

Quando o acusado manifesta-se sobre determinados pontos e cala-se em relação a outros, a interpretação majoritária é, num sentido diverso, pela admissibilidade da apreciação judicial do silêncio. O argu-

(36) § 111 OWiG (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*).

(37) *Grunsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung* (§ 261, do CPP).

(38) *Das totale-, zeitweise -oder Teilschweigen.*

mento central para este entendimento é de que no momento em que o acusado opta por declarar este está, por decisão própria, convertendo-se em um meio de prova, submetendo, por conseqüência, todo o seu comportamento à livre apreciação do juiz. Quando, entretanto, o acusado manifesta-se sobre um fato, o seu silêncio em relação a outro fato não deve ser considerado em seu prejuízo.

Rogall critica enfaticamente esta posição; entende como insustentável o argumento de que ao assumir uma posição ativa no interrogatório, o imputado esteja automaticamente inserindo-se na condição de meio de prova. A liberdade de declaração, sustenta o autor, não compreende somente uma decisão entre falar ou calar; ao acusado é também permitido decidir o momento de sua declaração e a forma como esta será feita. A garantia do inquirido em dispor de seu interrogatório da forma mais adequada para a sua defesa está ameaçada no momento em que um silêncio parcial é avaliado em seu prejuízo. Nenhuma forma de silêncio deve ser julgada como indício de culpa. Qualquer interpretação do princípio de livre apreciação de provas que seja restritiva do direito ao silêncio é violadora do direito de personalidade do imputado (1977: 251).

d) O silêncio da testemunha

O silêncio da testemunha familiar não deve ser avaliado como indício de culpa do acusado. Da mesma forma, a recusa de informação da testemunha suspeita não deve ser utilizada em seu desfavor.

Parte II: O silêncio do acusado no direito norte-americano

1. O direito ao silêncio no julgamento (*trial*)

O privilégio contra a auto-incriminação está expressamente positivado pelo 5.º *amendment* da Constituição norte-americana, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser compelida a ser testemunha contra si mesmo em um procedimento criminal.[39] O privilégio aplica-se às diversas fases do procedimento penal (fase investigatória, judicial, *Grand Jury* etc.) e estende-se também à testemunha, que possui o direito de não responder a questões específicas que possam submetê-la ao risco de uma investigação criminal.

Com relação ao réu, o direito ao silêncio é, contudo, mais abrangente: este tem não somente o direito de renunciar a perguntas, como também o direito de não atuar como testemunha durante o seu próprio julgamento, evitando com isto submeter-se a uma situação em que perguntas sejam formuladas.[40] É inconstitucional qualquer tipo de penalidade imposta ao réu em decorrência do exercício deste direito. Neste sentido, em *Griffin v. California*,[41] a Suprema Corte proíbe o Ministério Público de fazer durante o julgamento qualquer tipo de comentário ou alusão ao silêncio do réu. O réu tem ainda direito a requisitar que o juiz instrua o Júri sobre a irrelevância de seu silêncio para a decisão do caso (*Carter v. Kentucky*).[42]

(39) "No person...shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...".

(40) Neste sentido, a posição da Suprema Corte em *Wilson v. United States* (149 U.S. 60, 1893): "It is not everyone who can safely venture on the witness stand though entirely innocent of the charge against him. Excessive timidity, nervousness when facing others and attempting to explain transactions of a suspicious character, and offenses charged against him, will often confuse and embarass him to such a degree as to increase rather than remove prejudices against him. It is not everyone, however honest, who would therefore, willingly be placed on the witness stand".

(41) 380 U.S. 609, 1965.

(42) 450 U.S. 288, 1981.

2. O direito ao silêncio no interrogatório policial

O direito ao silêncio durante o interrogatório policial merecerá especial atenção por tratar-se provavelmente da área mais polêmica do direito constitucional norte-americano na esfera processual penal. A discussão poderia ser sintetizada em dois pontos fundamentais: (a) o papel da confissão na elucidação da verdade; (b) o papel da polícia no interrogatório.

O primeiro ponto refere-se à posição jurídica do acusado dentro do sistema de provas. As posições dividem-se entre os que entendem a confissão como elemento fundamental para a eficiência do sistema de justiça criminal e os que proclamam um sistema acusatório em que a aclaração da verdade surja de um esforço próprio do Ministério Público, independente da contribuição do acusado, que deve ser protegido em seu direito de defesa. Esta é a posição do Juiz Goldberg em *Escobedo v. Illinois*: *A system of criminal law enforcement which comes to depend on the confession will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation.*[43]

O segundo ponto do debate norte-americano refere-se à legitimidade ou não de uma influência policial na disposição do acusado em confessar o crime. Partidários desta legitimidade sustentam que, como regra geral, não há confissão voluntária, sendo interesse da sociedade que a polícia disponha de poderes legais para influenciar nesta decisão (Dripps, 1988; Grano, 1986). Críticos desta posição sustentam que uma confissão só será admissível quando voluntária. Voluntária, não necessariamente em função de uma disposição íntima do acusado em incriminar-se, mas em função da observação por parte dos órgãos instrutores das regras do devido processo legal (*due process*). Definir o que constitui abuso policial em um interrogatório constitui, contudo, uma tarefa complexa, especialmente em países democráticos onde os casos de violência física explícita são menos comuns em relação às *formas modernas de interrogatório*, envolvendo métodos mais sutis de coerção psicológica (Leo, 1992; Skolnick, 1982; Grano, 1986).

2.1 A resposta da Suprema Corte

A partir dos anos 30, a Suprema Corte passa a abordar o problema da legalidade do interrogatório policial a partir do *teste de voluntariedade* (*voluntariness test*). A partir deste critério uma confissão será admissível quando a *totalidade das circunstâncias* (*the totality of the circumstances*) demonstre que foi produto de uma decisão voluntária do acusado. Para que passe no teste de voluntariedade, é necessário que o interrogatório esteja de acordo com os requerimentos da *cláusula do devido processo* (*due process clause*) do 14.º *amendment* da CF.

Em *Bram v. United States* [44] declarou-se como não voluntária uma declaração obtida por via de promessas. Com o mesmo argumento, em *Roger v. Richmond* [45] invalidou-se uma confissão em que a polícia confrontou a acusada com o risco de perda de benefícios previdenciários e da custódia dos filhos, comprometendo-se a interceder em seu favor em caso de confissão. Em *Bram*, a Suprema Corte decide ainda pela inadmissibilidade da confissão em casos de *influência indevida* (*improper influence*), envolvendo, por exemplo, *artimanhas* ou *engano* por parte da polícia,[46] muito embora a

(43) 378 U.S. 478, 1964.

(44) 168 U.S. 532, 1897.

(45) 365 U.S. 534, 1961.

(46) *Police trickery and deception.*

jurisprudência tenha sido bastante restritiva na interpretação destes conceitos.

Até os anos 60 a determinação da involuntariedade da confissão não estava, contudo, necessariamente condicionada à existência de uma conduta policial abusiva. Para se apurar as *surrounding circumstances*, ou seja as circunstâncias envolvendo o interrogatório, era necessário avaliar não somente o comportamento da polícia, como também a situação do acusado (ex.: suas vulnerabilidades específicas). O sentido do teste de voluntariedade era invalidar depoimentos auto-incriminatórios: (a) de credibilidade duvidosa face aos métodos utilizados pela polícia; (b) obtidos por métodos policiais abusivos ainda que a credibilidade do depoimento não estivesse em questão (na existência de outras provas, por exemplo); ou (c) obtidos em circunstâncias em que a capacidade de entendimento do acusado estivesse significativamente prejudicada, ainda que não configurasse uma situação de abuso policial. (LaFave *et al*, 1992: 295).

Os critérios utilizados pelo teste de voluntariedade foram, todavia, se modificando ao longo dos anos, face às inúmeras dificuldades práticas resultantes de um método de avaliação caso a caso. O conceito *totalidade das circunstâncias* era extremamente vago e subjetivo, tanto como ponto de referência para a polícia e para o juiz, quanto como instrumento de proteção do acusado (Johnson, 1991: 342). A Suprema Corte, por sua vez, que avaliava cerca de um caso por ano envolvendo confissão, lidava somente com a *ponta do iceberg* (LaFave *et al*, 1992: 299). A partir dos anos 60, face à pressão por uma elucidação jurisprudencial da questão, a Suprema Corte passa a buscar meios alternativos para lidar com o problema do depoimento auto-incriminatório, incorporando critérios mais precisos que pudessem facilitar a aplicação do teste de voluntariedade. Evidência deste esforço é *Escobedo v. Illinois*, onde se declara involuntária uma confissão obtida em violação ao direito a um defensor. Em *Miranda v. Arizona* [47] a Corte move-se num sentido diverso: o teste de voluntariedade, até então aplicado com base no 14.º *amendment* (cláusula do devido processo), adquire uma nova base no 5.º *amendment* da CF (privilégio contra a auto-incriminação). Após *Miranda*, a observância do direito ao silêncio durante o interrogatório policial sob custódia passa a ser um critério determinante para a aplicação do teste de voluntariedade.

A decisão no caso *Colorado v. Connely* [48] restringe a amplitude do teste ao estabelecer que, para os fins da cláusula do devido processo legal, uma confissão é involuntária somente quando envolve arbitrariedade policial. Na ausência do *elemento crucial do abuso policial*, [49] uma confissão será válida mesmo que a capacidade de entendimento do acusado durante o interrogatório o impeça de tomar uma *decisão livre e inteligente*.[50] De acordo com *Connely*, é necessário um mínimo de coerção na conduta policial, tal como explorar uma deficiência do acusado (LaFave *et al*, 1992: 296).[51] A dificuldade passa a ser então determinar se houve ou não uma conduta policial abusiva e se esta conduta teria sido motivo da decisão do acusado em confessar o seu crime. Segundo a Suprema Corte, a chave da questão está

(47) 384 U.S. 436, 1966.

(48) 479 U.S. 157, 1986.

(49) *crucial element of police overreaching.*

(50) *free and intelligent choice.*

(51) "*Connely* is grounded in the notion that 'state action' beyond merely receiving defendant's confession into evidence is necessary, that a minimum there must be 'police conduct causally related to the confession' and that this conduct must be 'coercive' (such as exploiting defendant's deficient mental condition)"

na voluntariedade (*free will*), ou seja, se o comportamento da polícia foi suficiente para superar a determinação do acusado em não confessar (Van Kessel, 1986: 136).[52] Também com relação a este aspecto as decisões da Suprema Corte têm sido bastante restritivas em relação à posição do acusado.

3. O dever de instrução de *Miranda v. Arizona*

No caso *Miranda v. Arizona* (1966), a Suprema Corte determina a obrigação da polícia em notificar o direito ao silêncio em casos de *interrogatório sob custódia* (*custodial interrogation*). A decisão sustenta que a *atmosfera inerentemente coercitiva* (*inherent coercion*) de um interrogatório policial sob custódia pode por si só conduzir o acusado a uma auto-incriminação involuntária: "the very fact of custodial interrogation exacts a heavy toll on individual liberty and trades on the weaknesses of individual". No entender da Corte, as condições especialmente coercitivas resultantes da combinação entre *interrogatório* e *custódia* demandam a existência de medidas profiláticas visando garantir que as declarações do acusado sejam produto de uma decisão autônoma: "unless protective devices are employed to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice". À vista disso, em *Miranda v. Arizona*, um *landmark* da jurisprudência processual-penal norte-americana, a Suprema Corte foi além da especificidade do caso e definiu uma série de regras, as chamadas *Miranda rules*, a serem seguidas pela polícia em todos os casos futuros envolvendo interrogatório sob custódia. As *Miranda rules* podem ser sumariadas da seguinte forma (LaFave *et al*, 1992: 314):

(1) As regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser estritamente observadas na ausência de outras medidas que demonstrem ser "pelo menos tão efetivas em garantir que o acusado seja informado de seu direito ao silêncio e de sua contínua possibilidade em exercê-lo."[53]

(2) As regras aplicam-se "quando o inquirido está em custódia na delegacia policial ou encontra-se de alguma outra forma significativamente privado de sua liberdade pessoal".[54] Não se aplicam, contudo, em casos de "indagações informativas no local do crime, de indagações gerais visando apurar as circunstâncias do fato" [55] ou em casos de declarações voluntárias de qualquer natureza.

(3) Antes de um interrogatório sob custódia é necessário que se informe o acusado de "forma clara e inequívoca sobre o seu direito ao silêncio".[56] Este dever independe do conhecimento jurídico do inquirido, visto que o objetivo do dever de instrução não é somente informar aquele que ignora o seu direito, mas também atenuar a atmosfera coercitiva do interrogatório para aquele que já o conhece.

(4) Além da notificação acima mencionada, o acusado deve ser informado

(52) "Whether the inducements were sufficient to overbear the suspect's will to resist".

(53) "At least as effective in apprising accused persons of their right of silence and in assuring a continuous opportunity to exercise it".

(54) "Ahen the individual is first subjected to police interrogation while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way".

(55) "Aeneral on the scene questioning as to facts surrounding a crime or other general questioning of citizens in the fact-finding process".

(56) "...He must first be informed in clear and unequivocal terms that he has the right to remain silent".

de que suas declarações *poderão e serão usadas contra ele em juízo*,[57] de tal forma que possa compreender as conseqüências advindas de uma renúncia de seu privilégio.

(5) Por ser indispensável ao exercício do direito ao silêncio, "o acusado também deve ser informado sobre o seu direito de consultar um advogado e de estar por ele acompanhado durante o interrogatório".[58] A aplicação desta regra independe do fato de o acusado ter aparente consciência deste direito.

(6) A pessoa deve ser ainda informada que em caso de indigência um advogado será nomeado para representá-la, de tal forma que fique explícito que o direito a um defensor independe do poder aquisitivo.

(7) O acusado é sempre livre para exercer o privilégio; "caso indique a qualquer momento durante o interrogatório que deseja manter-se em silêncio, o interrogatório deve ser suspenso".[59] Da mesma forma, se ele demanda a presença de um advogado, o interrogatório deve ser suspenso até que este esteja presente. Não há, entretanto, um dever de instrução quanto a este direito.

(8) Se uma declaração é obtida sem a presença de um advogado "um forte ônus recai sobre o Estado em demonstrar que o acusado renunciou ao seu privilégio contra auto-incriminação e ao seu direito a um defensor de maneira consciente e inteligente".[60] Tal renúncia não pode ser presumida pelo silêncio após a instrução ou por uma confissão.

(9) Qualquer declaração obtida em violação a estas normas não será admitida como meio de prova, independentemente da confissão ser total ou parcial, ou de ser inculpatória ou, alegadamente, exculpatória.

(10) Ninguém pode ser penalizado pelo exercício deste direito. É proibido qualquer tipo de comentário do promotor sobre o fato de o acusado ter de alguma forma exercido o seu privilégio.[61] Não há dever de instrução quanto a este direito.

A decisão suscitou forte controvérsia política por parte de uma sociedade norte-americana cada vez sensível ao apelo à *lei e ordem*. Apesar da aparente clareza e inflexibilidade dos termos da decisão, a partir da década de 70, com a composição crescentemente conservadora da Suprema Corte, novas interpretações foram resultando em uma série de exceções à aplicação das *Miranda rules* (regras de instrução), que acabaram por restringir consideravelmente o seu alcance. Exemplo concreto se dá em *Michigan v. Tucker*,[62] onde a Supreme Court relativiza consideravelmente o peso das *Miranda rules* afirmando que estas garantias procedimentais não constituíam em si direitos protegidos pela Constituição, mas medidas voltadas a garantir que o direito contra a auto-incriminação fosse respeitado. A mencionada decisão afirma que o objetivo de *Miranda* não era criar uma *camisa de força constitucional* (*constitutional straitjacket*) mas proporcionar um

(57) "...Anything said can and will be used against the individual in court".

(58) "...Clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during the interrogation".

(59) "...If he indicates in any manner, at anytime prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease".

(60) "...A heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his privilege against self-incrimination and his right to retained or appointed counsel".

(61) "... (The prosecution may not) use at the trial the fact that (the defendant) stood mute or claimed his privilege in the face of acccusation".

(62) 417 U.S. 433 (1974).

reforço prático em favor do privilégio contra a auto-incriminação. Conforme comentam LaFave e Israel, a Corte, em *Tucker*, refuta a base constitucional das regras de instrução, sem contudo indicar qual seria a outra forma possível de justificá-las (1992: 315). A seguir se discutirá, de forma sintética, algumas das principais discussões que sucederam a decisão.

3.1 O conceito de custódia

Conforme mencionado, as regras de instrução foram estabelecidas pela Suprema Corte como *dispositivos de proteção* do inquirido contra a atmosfera *inerentemente coercitiva* que resulta da combinação entre *interrogatório* e *custódia*. A interpretação do termo *custodial interrogation* é assim fundamental para se determinar o alcance da decisão.

Em *Beckwith v. United States*,[63] a Corte afirma que o dever de instrução não se aplica quando o inquirido é somente *foco* de uma investigação criminal. Para efeitos de aplicação das *Miranda rules*, a interpretação de interrogatório é mais restritiva; é essencial que fique caracterizada uma situação de privação da liberdade pessoal do inquirido. Não é necessário, entretanto, que haja uma detenção formal (*formal arrest*); a noção de custódia se aplica também aos casos em que há uma limitação da liberdade de movimentos do inquirido a um nível equivalente a uma detenção formal (*New York v. Quarles*).[64]

Para definir a existência de custódia, a Corte propõe um *teste objetivo* que detecte, a partir de uma análise das circunstâncias em torno do interrogatório, a existência de indícios suficientes de coerção que seriam capazes de levar uma *pessoa razoável* a supor, caso estivesse no lugar do inquirido, que a sua liberdade pessoal estava significativamente limitada. O sentido deste método objetivo de racionalização centrado na imagem da *reasonable person* (i.e., da pessoa com discernimento, dotada de senso comum) é evitar as incertezas de um método centrado nas percepções subjetivas do acusado – se o acusado acreditava ou não estar sob custódia – ou da polícia – se o policial visava ou não à custódia. Há uma série de critérios que o teste objetivo utiliza para determinar indícios de coerção, ou, em outras palavras, para determinar a existência ou não de custódia: fatos anteriores e posteriores ao interrogatório, comportamento dos policiais perante o inquirido, uso de força física, armas ou algemas, adoção de medidas para determinação de identidade, existência ou não de declaração expressa sobre a liberdade do inquirido em deixar o local etc.

O local do interrogatório é um critério importante para se determinar a existência ou não de custódia, devendo entretanto ser considerado junto com as demais circunstâncias. Nem todo interrogatório em uma delegacia policial envolve custódia. A Suprema Corte manifesta este entendimento em *Oregon v. Mathiason*,[65] decidindo que não há dever de instrução pelo "simples fato de o depoimento ter lugar em uma delegacia policial, ou por haver uma suspeita policial em relação ao inquirido". Não há custódia, por exemplo, quando a pessoa comparece voluntariamente à delegacia. Em *Mathiason*, decidiu-se que não constitui custódia uma situação em que o inquirido compareceu à delegacia em resposta a um *convite informal* por parte da polícia, embora

(63) 425 U.S. 341 (1976).

(64) "The ultimate inquiry is simply whether there is a 'formal arrest or restraint on freedom of movement' of the degree associated with a formal arrest" (467 U.S. 649 [1984]).

(65) 429 U.S. 492 (1977).

nestes casos seja necessária uma análise cuidadosa das circunstâncias específicas. Em *Dunaway v. New York*,[66] a Suprema Corte interpretou como *custódia*, e portanto dentro da esfera de competência *das Miranda rules*, uma situação em que o acusado foi conduzido à delegacia em uma viatura policial, muito embora não houvesse nenhum outro indício de detenção (algemas, voz de prisão etc.). A decisão seria outra, tivesse o inquirido sido informado de que não se encontrava detido e de que era livre para sair a qualquer momento ou se houvesse clareza para o fato de que se encontrava na qualidade de testemunha (LaFave *et al*, 1992: 321).

Há, por outro lado, casos de *custodial interrogation* fora da delegacia policial. De acordo com *Miranda v. Arizona*, o dever de instrução se aplica quando o indivíduo é detido em uma delegacia policial ou se encontra, de alguma forma, significativamente privado de sua liberdade pessoal.[67] Com esta segunda possibilidade pretendeu-se evitar que a polícia contorne as *Miranda rules* realizando interrogatórios fora da delegacia (no domicílio, na rua etc.). A jurisprudência tem sido, entretanto, bastante restritiva na interpretação desta possibilidade. A Suprema Corte tende, por exemplo, a não considerar como interrogatório sob custódia, inquirições realizadas em ambientes neutros (local de trabalho, hospital, espaços públicos) ou, como em *Beckwith v. United States,* em ambientes familiares (no domicílio, na presença de amigos) onde a pessoa não está submetida às mesmas condições de isolamento e tensão de uma delegacia policial. Mas também nestas situações é necessária uma avaliação cuidadosa das circunstâncias de cada caso. Em *Orozco v. Texas*, [68] quatro policiais entraram às 4 h no domicílio do réu para questioná-lo acerca de um homicídio. Neste caso aplicou-se *Miranda*, visto que as circunstâncias do interrogatório demonstram uma *potencialidade de coerção* (*potentiality for compulsion*) equivalente a um interrogatório realizado em uma delegacia policial. Num mesmo sentido, em *New York v. Quarles*,[69] decidiu-se pela aplicação de *Miranda*, num caso envolvendo inquirição no local do crime, após a detenção. Controle ordinário da polícia de trânsito (*ordinary traffic stop*) ou controle ordinário de identidade nas ruas não demandam, contudo, aplicação das regras de instrução (*Berkemer v. McCarty*).[70]

3.2 O conceito de interrogatório

Paralela à discussão sobre o significado de *custody* está a igualmente complexa definição do termo *interrogation* para efeitos de aplicação das regras de *Miranda*. A Suprema Corte enfrenta esta questão em *Rhode Island v. Innys* afirmando que o dever de instrução se aplica caso o acusado em custódia seja submetido a *indagações expressas* ou a um *equivalente funcional*. Ou seja, interrogatório não se restringe a indagação expressa, envolve qualquer conduta da polícia (verbal ou não) que esta *deveria saber* (*should know*) ser "razoavelmente capaz de extrair uma resposta incriminatória do suspeito".[71] Enquadra-se nesta definição tá-

(66) 442 U.S. 200 (1979).

(67) Ver nota 54.

(68) 394 U.S. 324 (1969).

(69) 467 U.S. 649 (1984).

(70) 468 U.S. 420 (1984).

(71) "The Miranda safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its functional equivalent. That is to say, the term *interrogation* under Miranda refers not only to express questioning, but also to any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect". (446 U.S. 291 [1980]).

ticas orientadas a influenciar na motivação do acusado em confessar, como confrontá-lo com provas incriminatórias (depoimento de um cúmplice que o acusa, confissão de um cúmplice etc.).

A interpretação de *Innys* é motivo de discussão, especialmente no que se refere ao sentido da expressão *razoavelmente capaz de extrair uma resposta incriminatória* (*reasonably likely to elicit an incriminating response*). Nas opiniões de LaFave e Israel, a solução para esta questão conceptual mais consistente com as posições da Suprema Corte seria a aplicação de um *teste objetivo* sobre o ato policial visando averiguar se tal ato visava ou não a uma confissão. O teste não deve adotar como ponto de referência a perspectiva do acusado ou a da polícia, mas a de um *observador objetivo* (*objective observer*). Se este observador objetivo (com o mesmo conhecimento do imputado que o policial), ao ouvir os comentários policiais, inferisse que estes tinham por objetivo uma auto-incriminação, tais comentários (ou atos não verbais) deveriam ser qualificados como interrogatório (1992: 325).

Neste sentido, de acordo com *Innis*, uma pergunta inócua por parte da polícia (visando, por exemplo, a informações gerais ou averiguação de identidade) que resulte em uma resposta incriminatória não constitui interrogatório e não entra na esfera de aplicação das *Miranda rules*: "a polícia certamente não pode ser responsabilizada por resultados imprevistos de suas palavras ou ações". Posição semelhante assume a Corte, em *Hoffa v. United States*,[72] quando afirma que a existência de algum tipo de coerção é um elemento necessário para que se configure uma auto-incriminação involuntária.

Uma criticada exceção aberta pela Suprema Corte, em *New York v. Quarles*, é a chamada *public safety exception*, que isenta a polícia do dever de instrução em situações de risco à segurança pública, à integridade de outras pessoas (ex.: uma arma escondida). Um mesmo entendimento se manifesta na *rescue doctrine*, que isenta a aplicação das *Miranda rules* quando esteja em risco a vida de uma pessoa (ex.: sequestros). Críticos entendem tais conceitos como a *sentença de morte* de *Miranda*.

3.3 A validade da renúncia ao privilégio

Aspecto também complexo é a questão da validade da renúncia aos direitos feita pelo inquirido (*validity of the waiver*). Em *Miranda v. Arizona*, conforme exposto, a Corte determinou um *pesado ônus* (*heavy* burden) do Ministério Público em demonstrar que a renúncia dos privilégios foi produto de uma decisão *consciente e inteligente* do imputado.[73]

A posição da jurisprudência tem sido no sentido de que a renúncia dos direitos não deve ser necessariamente expressa. Embora uma declaração expressa seja "forte evidência da validade de uma renúncia",[74] esta não é nem necessária, nem suficiente: "A questão não está na forma, mas se o acusado de fato renunciou aos direitos delineados em *Miranda* de forma consciente e voluntária" (*North Carolina v. Butler*).[75]

Em *Butler*, a Suprema Corte indica que a validade da renúncia deverá ser decidida a partir de uma análise dos fatos e das circunstâncias envolvendo o interrogatório. Indícios de que a renúncia aos direitos foi fruto de uma decisão voluntária podem ser encontrados através de uma: (a) análise da competência

(72) 385 U.S. 293 (1966).

(73) nota 60.

(74) "Strong proof of the validity of that waiver".

(75) "The question is not of form; but rather whether the defendant in fact knowingly and voluntarily waived the rights delineated in the Miranda case" 441 U.S. 369 (1979).

do acusado – suas características pessoais, idade, capacidade intelectual, nível educacional, condições físicas e emocionais no momento do interrogatório etc.; (b) análise do comportamento da polícia – existência de métodos ilegais (promessa, ameaças, artimanhas), período de duração da detenção etc.; (c) análise do comportamento do acusado – evidências de uma compreensão dos direitos tais como termo formal de renúncia, presença de advogado, conteúdo do depoimento etc. É necessário frisar que a incompetência do acusado só será relevante para efeitos de decretação de invalidez da renúncia quando combinada com a evidência de abuso policial, ou seja, quando a polícia se utilizou de uma fragilidade do inquirido para conduzi-lo a uma confissão. Na ausência de abuso não há invalidez da renúncia: "*Miranda* protege o acusado contra a coerção governamental, mas não vai além disto"(*Colorado v. Connely*).

3.4 Miranda e o teste de voluntariedade

Enfatizando, as *Miranda rules* expressam a preocupação da Suprema Corte em propiciar medidas de proteção para assegurar o privilégio contra a auto-incriminação no momento *inerentemente coercitivo* de um interrogatório sob custódia. A questão se o inquirido detido foi devidamente instruído sobre os seus direitos ao silêncio e à presença de um advogado passou a constituir um critério absoluto para a validade de um depoimento policial. Isto naturalmente não significa que a validade de uma declaração auto-incriminatória esteja condicionada unicamente pela aplicação ou não das regras de instrução. *Miranda v. Arizona* determina um dever de instrução em casos de *custodial interrogation* pela polícia, mas o direito ao silêncio é uma garantia constitucional de qualquer pessoa confrontada com a suspeita da prática de um crime. Um depoimento auto-incriminatório pode ser, portanto, considerado inválido por ser involuntário mesmo que não se encontre na esfera de competência de *Miranda*. Há ainda situações, cobertas por *Miranda*, em que há uma aplicação válida das regras de instrução, mas que o comportamento posterior da polícia acaba por tornar a confissão involuntária.

3.5 A experiência após Miranda

Provavelmente nenhuma outra decisão judicial norte-americana tenha sido objeto de tanta atenção e polêmica quanto *Miranda v. Arizona*. Seus defensores sustentam o seu valor simbólico, seu caráter pedagógico e sua importância como instrumento de controle judicial sobre a polícia. Muitos ainda defendem a decisão, mas criticam-na como pouco abrangente (Schulhofer, 1987). Do outro lado, há os que combatem a decisão como uma *algema nas mãos da polícia* e um obstáculo à eficiência no controle do crime (Dripps, 1988; Grano, 1986).

Inúmeros estudos empíricos têm sido realizados desde então com o objetivo de avaliar o impacto da decisão sobre o comportamento da polícia e do acusado. Quanto à polícia, a prática demonstra que após um período inicial de adaptação e aprendizagem, as *Miranda rules* passaram a ser, de forma geral, observadas pelos policiais, muito embora de forma burocratizada (tal qual celebrizada pelos filmes americanos), lidas num tom orientado a relativizar ou negar a sua importância, como se tudo tratasse de uma *mera formalidade* entre tantas outras. Quanto aos acusados, não obstante as críticas em sentido contrário, os estudos empíricos não demonstram um impacto de *Miranda* no número de confissões, sendo mantida a tendência de grande parte dos acusados em renunciar aos seus direitos e confessar o crime (American Bar Association, 1988).

Considerações finais

O processo penal é o sismógrafo da Constituição [76] (Roxin, 1995: 2). Uma análise normativa do CPP com relação aos direitos e às obrigações do acusado, aos poderes investigatórios da polícia e do Ministério Público, à garantia de imparcialidade do Judiciário, é reveladora não somente do nível de penetração dos princípios constitucionais no direito processual penal, como também, em um nível mais amplo, do estádio de reflexão jurídica e política de uma sociedade acerca das relações entre Estado e sociedade civil, entre esferas pública e privada, entre segurança do direito e segurança do Estado. Mas a questão sobre a posição jurídica do acusado não pode limitar-se a uma análise normativa do CPP; deve englobar também uma análise das condições reais de funcionamento do sistema de justiça criminal, assim como do uso que se tem feito deste sistema como meio de controle social. Somente uma análise que compreenda estas três perspectivas – normativa, empírica e político-criminal – poderá avaliar as condições reais de comunicação que uma determinada comunidade jurídica assegura ao acusado dentro da compreensão cênica do procedimento penal.

A força de uma democracia reside na existência de esferas públicas, onde uma *sociedade de indivíduos* possa comunicar-se abertamente, tematizar-se, articular seus conflitos, exercer formas de solidariedade civil e buscar respostas políticas para a questão da integração social. A ampliação dos elementos discursivos do procedimento penal é, pois, consistente com a visão de um acusado que é cidadão. A *mudez* – i.e., a incapacidade de certos segmentos sociais de articular um discurso – é a *miséria da democracia*, afirma Klaus Günther (1994).[77] O *direito ao silêncio* em um procedimento penal é, ao contrário, a garantia de exercício de um direito de cidadania.

(76) Das Strafverfahren ist ein Seismograph der Staatsverfassung.

(77) *Sprachlosigkeit als Misere der Demokratie.*

Bibliografia

ALBRECHT, Peter-Alexis (1993). Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts. *KritV* 1993: 163-182.

American Bar Association (1988). *Criminal Justice in Crisis*. Washington D.C.: American Bar Association.

DRIPPS, Donald A. (1988). Against police interrogation – And the privilege against self-incrimination". *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 78: 699-734.

ESER, Albin (1990). Die Rechstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland. In: Deutsch-Ungarisch Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Hrsg. von A. Eser und G. Kaiser. Freiburg: Nomos, S.147-167.

GÜNTHER, Klaus (1994). "Kampf gegen das Böse? Zehn These wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik". *KJ* Heft 2, 1994: 135-157.

GRANO, Joseph D. (1986). Selling the idea to tell the truth: The professional interrogator and modern confession law. *Michigan Law Review*, 84: 662-690.

HASSEMER, Winfried (1981). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H. Beck.

HASSEMER, Winfried (1990). Grundlinien eines rechtstaatlichen Strafverfahrens. *KritV* 1990: 260-278.

HASSEMER, Winfried (1990a). Der Schicksal der Bürgerrechte im 'efizzienten' Strafrecht. StV 7/1990: 328-331.

JOHNSON, Sheri Lynn (1991). Confessions, criminals and community. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 26: 327 ff.

LAFAVE, Wayne R., Jerold H. Israel (1992). *Criminal procedure*. Hornbook Series, St. Paul, Minn, 2nd ed.: West Publishing Co.

LEO, Richard A. (1992). From coercion to deception: The changing nature of police interrogation in America". Crime, Law and Social Change, 18: 35-59.

MÜLLER-DIETZ, Heinz (1981). Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß. *ZStW*, 93: 1177-1270.

PACKER, Herbert L. (1964). Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania Law Review*, 113: 1-68.

ROGALL, Klaus (1977). *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst.* Berlin: Duncker & Humblot.

ROXIN, Claus (1992). Anmerkung zur BGHSt 38, 214. *JZ*, 92: 923-925.

ROXIN, Claus (1995). *Strafverfahrensrecht: Ein Studien Buch.* München, 24.Aufl.: C.H. Beck.

SCHULHOFER, Stephen J. (1987). Reconsidering Miranda. *The University of Chicago Law Review*, 54: 435-461.

SEIFERT, Karl-Heinz, und Dieter Hömig (1991). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Tachenkommentar.* Baden-Baden, 4. Aufl.: Nomos.

SKOLNICK, Jerome H. (1982). Deception by Police. *Criminal Justice Ethics*, 1982: 40-54.

VAN KESSEL, Gordon (1986). The suspect as a source of testimonial evidence: the English and American approaches. *The Hastings Law Journal*, 38:1-152.

3 – DIREITO DE TRÂNSITO

O CÓDIGO DE TRÂNSITO – ESSE DESCONHECIDO

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

Waldyr de Abreu, mestre do direito de trânsito no Brasil, num relatório apresentado como bolsista do Instituto de Pesquisas Rodoviárias, em 1971, na Introdução lembrou Edgar Pisani, Ministro de Estado da França, ao assegurar: "Somos assassinos por imprudência, fadiga, vaidade, pressa excessiva, imperícia, e cada segunda-feira nos dá o balanço da mortandade". O automóvel – ainda segundo Waldyr de Abreu – encontrou o homem e a estrada sem condições necessárias para recebê-lo tranqüilamente. Educação e disciplina têm como pressuposto o exato entendimento do código de trânsito, *esse desconhecido* (ABREU, Waldyr de. *Temas fundamentais dos Códigos de Trânsito.* Rio de Janeiro: IPR).

Em 1924, o juiz Fructuoso Moniz Barreto de Aragão, dando publicidade às suas sentenças, consignou que "entre os tributos que o homem moderno paga ao desenvolvimento da técnica e ao progresso vertiginoso dos meios de transporte e comunicações, destacam-se os chamados crimes do automóvel". José Frederico Marques o definiu como "toda infração penal oriunda de veículo motorizado, na sua função comum de meio de locomoção e transporte, quer de carga como de pessoas" (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1961. v. 4, p. 250). Ousamos definir os crimes de trânsito como a infração penal praticada culposa ou dolosamente na via terrestre, seja pelo condutor que se locomove num veículo, individualmente ou para o transporte de pessoas ou carga, seja pelo pedestre que dirige sua ação contra a segurança da circulação viária (PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. *Doutrina, legislação e jurisprudência do trânsito.* 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 135).

A característica do crime automobilístico é a culpa, convindo ressaltar o ensinamento de Giacomo Delitala, invocado por Waldyr de Abreu: "Atualmente do ponto de vista social, a prevenção dos crimes culposos é problema ainda mais grave que as dos crimes dolosos, porque enquanto estes últimos estão em geral declinando ou estacionários (talvez na época o raciocínio fosse verdadeiro), aqueles aumentam assustadoramente em toda parte, como conseqüência do maquinismo em gênero e do automóvel em espécie."

Na introdução de sua obra *Acidentes de trânsito*, Buenos Aires: Editorial Universidade, 1995. Carlos A. Ghersi afirmou que está surgindo o que se denomina *la sociedad a dos velocidades*, esclarecendo que se trata dos proprietários ou possuidores de automóveis, que se apropriam das ruas, avenidas, estradas, em suma da sociedade, e aqueles que são submetidos às regras dos automobilistas, os convidados de pedra, os marginalizados, os pedestres. O autor indaga: "Será que Kelsen e Marx tenian razón al señalar – palavras mas palavras menos – que el derecho es solo un reflejo de la classe dominante?"

Antes mesmo do desenvolvimento da indústria automobilística brasileira, Nel-

son Hungria referia-se ao automóvel como um autêntico flagelo, por matar mais que a peste branca ou a peste céltica. "O tráfego de veículos automotores – assegurava o mestre – "fez-se na atualidade uma causa quotidiana e alarmante de eventos lesivos contra a pessoa. A vida intensa criou a necessidade de vencer as distâncias no mais breve tempo possível. A velocidade dos transportes é uma injunção do século. Na competição dos negócios e interesses, não há lugar para os lerdos, *Dormientibus non sucurrit fortuna*. O êxito é de quem chega primeiro. Já não se pode viver à câmara lenta, como no tempo do carro de bois ou do fiacre tirado por pilecas sonolentas. Hoje o automóvel, devorador insaciável de distâncias, incorporou-se tão visceralmente às utilidades práticas, que sua supressão seria como a paradą da circulação sangüínea no corpo humano, mas o automóvel no vaivém das correrias, pede caro pelo seu serviço. Com a freqüência dos funestos acidentes que provoca, quase se poderia dizer que ele passa matando, esmagando, estropiando" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2.ª ed. v. 5, p. 186).

Há que se ter em conta, portanto, a necessidade de uma legislação administrativa e outra penal para conter a participação errada dos proprietários e usuários de veículos automotores. Participação errada que merece punição, mas que no Brasil tem sido extremamente suavizada pela fiscalização deficiente, e acima de tudo pela certeza ou quase certeza da impunidade.

Na coluna Letras jurídicas, Walter Ceneviva descreve o que chamou *A selva do trânsito*, a propósito do ensaio de Roberto da Matta no jornal *Folha de S.Paulo*, de 14.07.1985. Escreveu então o professor de direito e jornalista: "Creio que ninguém põe em dúvida que o crescimento de infrações de trânsito tem sido constante. Talvez se possa afirmar que o aumento segue em progressão geométrica. Dessa constatação tiro uma variante diversa da que chegou o sociólogo." (Da Matta disse que as pessoas ficam predispostas a obedecer as regras de circulação de automóveis porque respeitar o trânsito é mais vantajoso. Desdenhá-las pode significar um desastre e até mesmo a perda da própria vida). "O risco de vida ou de acidente, relacionado com o instinto de conservação das pessoas, não é, por si, um fator inibitório da infração de trânsito. Se fosse, estou certo que o número de ofensas à circulação de carros se manteria mais ou menos estável, apenas proporcional ao número de carros". Finalizando o jurista assevera: "O problema, a meu ver, não é sociológico. Nem se relaciona com as regras que vigoram a respeito de acidentes com vítimas. A dificuldade diz respeito à falta de educação, tem intimidade com a certeza ou a quase certeza da impunidade".

Se retornarmos no tempo, há um século, veremos que o rigor da punição era pronto e seguro, a menos que se tenha em conta a condição do militar ilustre como vítima. A notícia de *O Estado de S.Paulo*, de 18.02.1897, foi a seguinte: "Accidente. Hontem à 1 hora da tarde mais ou menos, o tilbury n. 67, guiado pelo cocheiro Juliano Luiz, atropelou e contundiu o sr. general Couto de Magalhães, na rua quinze de Novembro. O offendido foi medicado immediatamente na Pharmacia Normal e o cocheiro foi preso por um guarda civico que o apresentou a policia".

A Legislação brasileira referente aos veículos automotores pode ser colhida esparsamente, sendo o Dec. 8.324, de 27.10.1910, um dos primeiros diplomas que cuidaram do assunto, ordenando o trânsito subvencionado de transportes por automóveis. Esse decreto do Presidente Nilo Peçanha cuidava da segurança do trânsito, de modo pioneiro. O Dec. Legislativo 4.460, de 11.01.1922, a par de

se referir à construção de estradas, cuidou da carga máxima de veículos, usando a expressão *mata-burros*. O Dec. Legislativo 5.141, de 05.01.1927, pela vez primeira mencionou os autocaminhões, e o Dec. 18.323, de 24.07.1928 aprovou o regulamento para a circulação internacional de automóveis no território brasileiro e para a sinalização, segurança do trânsito e polícia nas estradas.

A partir de 1941 tivemos o primeiro Código Nacional de Trânsito (Dec.-lei 2.294, de 28.01.1941) logo substituído pelo Dec.-lei 3.651 de 25.09.1941 e que cedeu lugar para o código editado pela Lei 5.108 de 21.09.1966.

De acordo com o art. 1.º do Dec.-lei 3.651, "As leis estaduais relativas ao trânsito e aos condutores dos demais veículos, aos pedestres, aos animais e à sinalização local devem adaptar-se às disposições deste código, no que for aplicável. Os Estados baixarão, para esse fim, regulamentos e instruções complementares". O art. 2.º determinava: "Cada Estado organizará, de acordo com suas necessidades, os serviços administrativos destinados ao cumprimento dos dispositivos deste código, obedecendo às normas gerais da legislação federal".

No Estado de São Paulo, em função da competência prevista pela Lei 3.651, cuidou-se da preparação de um novo regulamento de trânsito, mas tal providência ficou procrastinada pela solicitação do Conselho Nacional de Trânsito (criado no art. 134 da Lei 3.651) para que os Estados aguardassem a publicação do regulamento do Distrito Federal, para uniformidade da legislação. O Distrito Federal, contudo, só editou seu regulamento em 24.01.1946, já com a expectativa da reforma do código.

Com o advento da Constituição Federal de 1946, das Constituições estaduais e da Lei Orgânica dos Municípios ocorreram profundas alterações na legislação, e o Estado de São Paulo continuou mantendo o seu regulamento, aprovado pelo Dec. 9.149, de 06.05.1938.

A Lei 5.108, de 21.09.1966, ao estabelecer o novo Código Nacional de Trânsito criou o sistema Nacional de Trânsito, determinando que dentro de 120 dias fosse expedido o regulamento, necessário à sua melhor execução. No entanto, só em 16.01.1968 foi editado o regulamento, aprovado pelo Dec. 62.127.

A partir de 1967, o CTN teve várias modificações, constando-se especialmente os Dec.-lei 237, 584 e 912.Sucederam-se então as Leis 5.693, 5.820, 6.124, 6.308, 6.369, 6.731. Prosseguiram as alterações, enquanto cresciam as intenções para um novo código nacional, tendo o Ministério da Justiça designado um grupo de trabalho para a revisão do estatuto então vigente, tendo sido elaborado um anteprojeto, publicado no *DOU* de 16.09.1974, como Suplemento ao n. 178 daquele dia. O trabalho do grupo, após as sugestões e críticas recebidas, perdeu-se nos escaninhos da burocracia federal, enquanto prosseguia a *pletora legisferante* a que se referiu Pontes de Miranda nos seus *Comentários à Constituição Federal,* afirmando: "A pletora legisferante de 1964-1968 foi inigualada em toda a história do Brasil, criando a par da mediocridade de concepção a perturbação da segurança jurídica" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Federal.* 2. ed. São Paulo: RT, t. 3, p. 321).

O procedimento dos nossos legisladores, especialmente no campo penal, tem sido um desastre para a harmonia do sistema jurídico, e todos autores recriminam as modificações pontais que um grupo de juristas do Ministério da Justiça vem perpetrando.

Retornando aos projetos de um novo código de trânsito, a Presidência da República, em 06.06.1991, criou Comissão

Especial para elaborar um trabalho que foi publicado no *DOU* de 13.07.1992, para sugestões da sociedade, bastante modificado na verdade pelos critérios do Ministério da Justiça. Finalmente, com a Exposição de Motivos 45/93 e Mensagem 205/93, de 22.04.1993, chegou o projeto ao Congresso Nacional.

Não obstante reconhecer a evidência da proliferação extraordinariamente assustadora dos acidentes de trânsito, da defasagem do instrumental legislativo, da dramatização da delonga judicial, e do clamor da sociedade – que já exigia maiores penas e garantia da certeza da punição, o Ministro da Justiça acabou submetendo o anteprojeto de lei à decisão presidencial sem abranger o capítulo destinado à definição dos crimes de trânsito. A explicação oficiosa da retirada foi a de que o Jurista Evandro Lins assim aconselhara de sorte a não prejudicar a unidade da reforma do Código Penal, da qual era coordenador. Recebida a Mensagem em 24.05.1993, para tramitar nos termos do art. 205 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, na condição de *Projeto de Código*, foi ela no entanto encaminhada pela Presidência para uma Comissão Especial, com apoio no inc. II do art. 34 do regimento, suprimindo-se o exame do Plenário.

O 3.º Relatório da Comissão Especial foi considerado *conclusivo* e aprovado em face do *poder terminativo* dessa Comissão, sem recurso previsto no art. 132, § 2.º do Regimento, de vez que o Dep. Adylson Motta e outros signatários o retiraram dez dias após a sua protocolização.

No Senado Federal foi o projeto recebido em 04.05.1994 (n. 3.710/93 na Casa de origem), submetendo-se ao exame 256 proposições. O Relator anotou o *invulgar procedimento legislativo* adotado pela Câmara dos Deputados e, temeroso de que a tramitação fosse declarada nula pelo Poder Judiciário, dado o vício de forma, submeteu o caso à Consultoria do Senado. Esta, na Nota Técnica 117/66, concluiu: "Assim, do exposto, concluímos que a questão da admissão de proposição para tramitar como projeto de código é matéria inscrita no âmbito da interpretação do regimento interno da Casa do Congresso Nacional. Por outro lado, não é possível uma Casa restituir à outra matéria legislativa lá votada, em razão de divergência de interpretação do respectivo regimento interno."

Do relatório aprovado pelo Senado consta a seguinte informação: "Buscamos a melhor doutrina, consultamos a literatura especializada e ouvimos os mais experientes. Baseamos o nosso trabalho nas informações de especialistas de diversas áreas do conhecimento e contamos com a providencial e prestimosa colaboração de nossos pares nesta Comissão."

De volta ao Senado, o projeto passou a merecer o reexame da Câmara, tendo sido aprovado para promulgação.

Como se vê, desde 1974 procurava-se a revisão da Lei 5.108/66, a pretexto de melhor aplicação dos procedimentos administrativos. No correr destes anos inúmeros países inovaram sua legislação de trânsito. Assim, na França, o Código bem como a legislação complementar sofreram sucessivas alterações, como se pode conferir na cronologia da publicação Dalloz (*Code de la Route*. 1996 p. 968-985). Na Espanha ocorreram modificações autorizadas pela Lei de Bases, de julho de 1989, do que resultou o texto articulado aprovado pelo real Dec. Legislativo 339, de março de 1990, bem como o regulamento geral de 1992 (8.ª ed. Madrid: Tecnos, 1996). Em Portugal, como menciona Antonio Serra Amaral, o Código da Estrada de 1954 e o seu regulamento geral eram, ao tempo de sua entrada em vigor, diplomas tecnicamente corretos, coerentes, bem redigidos e sistematizados. A evolução do próprio trân-

sito trouxe, porém, consigo, e sempre em medida crescente a necessidade de proceder a inúmeras alterações naqueles textos, ou de os completar, conduzindo a uma situação em que o código convivia com uma considerável legislação avulsa e com vasta regulamentação, nem sempre com ele compagináveis, tornando-se insegura e difícil a interpretação do normativo vigente. Assim, o Dec.-lei 114, de 03.05.1994, aprovou o Código da Estrada, revogando então o de 1954 (AMARAL, Antonio Serra. *Código da Estrada anotado e comentado.* (Almedina, 1995). Na Argentina, a Lei 24.449 foi sancionada em 23.12.1994 e promulgada parcialmente em 06.02.1995.

Não há que se questionar, portanto, que o Brasil não tenha tido necessidade de atualizar-se, preparando uma nova lei de trânsito, que tomou a denominação de Código de Trânsito brasileiro. Decorridos mais de 30 anos, poder-se-á afirmar que a Lei 5.108 é conhecida e cumprida? Repetindo Waldyr de Abreu, "a educação e a disciplina rodoviárias têm como pressuposto o exato entendimento do Código de Trânsito, esse desconhecido ainda".

Ao encaminhar ao Ministro da Justiça o trabalho da Comissão encarregada do anteprojeto a que nos referimos, escreveu o seu Presidente: "A insatisfatória situação do trânsito brasileiro, a todo momento criticada, discutida e avaliada por órgãos de imprensa falada e escrita, e por especialistas e pelo público em geral, constitui, sem dúvida, no contexto de segurança do cidadão e da sociedade, um dos mais sérios desafios para a administração pública".

Na verdade, a carência de técnicos e de fiscalização acarretam o elevado número de infrações praticadas pelos condutores, certos da impunidade, seja ela de ordem administrativa seja judiciária, já que a falta de celeridade dos procedimentos gera a prescrição ou a absolvição por falta de provas, devendo-se incluir agora a benevolência ainda não bem justificada da Lei 9.099. Se em 30 anos quase ninguém aprendeu o Código e as normas do Contran, pela deficiência do ensino e pelas mazelas da administração, campeando a impunidade, será que a lei mais exigente não terá o mesmo destino daquelas que *não pegam*? Façamos votos ardentes para que o *jeito*, bem descrito por Roberto Campos (*A técnica e o risco – A sociologia do jeito.* APEC, 1996) não estacione e nem pare nos domínios do trânsito.

3 – DIREITO DE TRÂNSITO

RACHA. DOLO EVENTUAL

WILSON NINNO

Na esteira do CNT (art. 89, XVIII) e do RCNT (art. 181, XVIII), quem disputa corrida por espírito de *emulação* fica sujeito às penalidades de multa, apreensão da Carteira de Habilitação e do veículo.

Emulação é o sentimento que incita alguém a igualar ou a superar outrem. Significa competir, rivalizar, concorrer.

Rachar, segundo os léxicos, é "fender, abrir meio a meio, dividir violentamente pelo meio, lascar, fazer em estilhas, fragmentar" (cf. Caldas Aulette – 4/4.223), "partir ou dividir violentamente, partir em estilhaços, fragmentar, lascar" (AURÉLIO. *Novo dicionário básico da língua portuguesa*. 1988. p. 548).

Sob o ponto de vista do trânsito, o racha tem o sentido de emparelhar-se com alguém para competir, antagonizar, rivalizar, concorrer.

Diante disso não parece demasiado afirmar que o *racha* automobolístico é conduta extremamente perigosa como violenta, tanto para os que dele participam como para terceiros que se encontrem em seu trajeto. Pressupondo antagonismo, competição, seus autores abusam da velocidade e de manobras arriscadas em detrimento da incolumidade própria e de transeuntes. Para Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro, o "participante de tais corridas ... é o mais perigoso delinqüente de trânsito, daqueles indivíduos descritos por Wolf Middendorff nos seus *Estudios sobre la delincuencia en el tráfico* (Madri: Espasa-Calpe, 1976); merece severas punições administrativas e penais" (PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos; RIBEIRO, Dorival. *CNT anotado*. 1.ª ed. 1996. p. 266).

Assentadas essas ponderações, perquire-se: quem participa de *racha* de que sobrevém homicídio ou lesões corporais deve responder pelo fato a título de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou por dolo eventual?

Na prática tem-se observado que a maioria dos *rachadores* são denunciados por delitos culposos. Isso parece suceder sobre o que se deve entender por dolo eventual. Perante o Código Penal, querer um resultado é o mesmo que assumir o risco de produzi-lo, como, aliás, está ressaltado na Exposição de Motivos: "É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem interesse nele o agente o ratifica *ex-ante*, presta anuência ao seu advento".

Mas como o dolo eventual é vizinho da culpa consciente, com normalidade, a acusação busca, em casos que tais, a responsabilização do autor apenas a título de culpa, disso advindo que homicídios e lesões praticados com dolo (eventual) sejam penalizados a título de culpa, numa gritante distorção da realidade, ensejadora de descrédito na atuação do Poder Judiciário que estaria a garantir impunidades.

Daí porque nos parece razoabilíssima a ponderação de Antonio Benedito do Nascimento de que caberá "à autoridade policial, ao Promotor de Justiça e ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar se se trata ou não de ação informada pelo dolo eventual", pois, entre as

hipóteses bem sintomáticas de dolo eventual estão, com certeza, os acidentes oriundos dos denominados *rachas* (Delitos de trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? *RT* 715/405).

Não se pode negar, é verdade, tratar-se de *vexata quoestio* precisar se há culpa consciente ou dolo eventual nos chamados delitos de trânsito. A primeira há de ser reconhecida quando o agente, embora prevendo o posterior resultado, age na certeza de que ele não ocorrerá. Mas, como acentua Hungria, para o reconhecimento do "dolo eventual, basta que o agente, na dúvida sobre se o resultado previsto sobreviria ou não, atravesse o Rubicon, não se abstendo da ação, pois quem age em tal dúvida assume o risco de quanto possa acontecer" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao CP*. 1978. 1/119). Tal se encarta como uma luva à conhecida fórmula de Frank: "se o agente se diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo". Ora, quando se trata de *racha* deve ser alinhado que seus partícipes se mostram inteiramente indiferentes às conseqüências de seu gesto: de antemão sabem que vão competir; de antemão sabem que só aquele que desenvolver maior velocidade será o vencedor; de antemão sabem que os carros *emparelhados* poderão atritar-se; de antemão têm consciência de que a qualquer imprevisto não dominarão suas máquinas, podendo "fender, abrir meio a meio, lascar, fazer em estilhas, fragmentar" quem ou o quê lhes esteja à frente. Mas, com egoísmo, não renunciam à ação e prosseguem dando causa ao evento danoso.

É precisa a lição de Zafaroni (cit. no Rec. Crim. 77.541-3 – Auriflama – TJSP): quem se lança a uma competição automobilística de velocidade em uma cidade populosa, à custa da possibilidade de produção de um resultado lesivo, atua também com dolo eventual de homicídio, lesões e danos. Do mesmo aresto o ensinamento de Jimenez de Asúa ... "há dolo eventual, quando um automobilista em concurso de corridas de velocidade, em uma cidade populosa, se representa a possibilidade de um atropelamento que não confia possa ser evitado por sua perícia em razão da marcha que leva é demasiado grande, ainda que ele não queira, como desejo de primeira classe, matar a um transeunte, há indiferentismo de sua parte com respeito à morte do sujeito, que admitiu no afã de ganhar a corrida; por isso, apesar da representação do perigo, segue pisando seu acelerador e o carro continua correndo a grande velocidade até que sobrevenha o acidente ...". Também Geraldo Tasso (*Dicionário dos processos por acidentes de trânsito*. São Paulo: Resenha Universitária, p. 29) observa: "Um professor italiano ... chegou a definir como *automobilista patogênico* aquele que cria condições de acidente. São os frustrados, os exibicionistas ou otimistas em excesso e os desequilibrados emocionais. Ora, se um desses enfiou o carro que dirigia sobre uma pacata multidão, em velocidade inadequada, evidentemente não agiu só com imprudência, e, portanto, não só com culpa. Sabia, mais do que ninguém, que poderia por certo colher algum pedestre, resultado esse cujo risco de correr assumiu. E pois, conforme a previsão legal, procedendo com dolo eventual, deve responder por crime doloso, com as penas corretamente mais altas".

Ora, no País em que dezenas de vidas são interrompidas diariamente no trânsito caótico, os "criminosos do volante precisam ... conhecer todo o rigor da sanção penal e, dependendo das circunstâncias, ser julgados pelos membros da comunidade, no Tribunal do Júri. Somente assim o Direito Penal estará cumprindo sua específica missão de garantir

as condições fundamentais e indispensáveis da vida social, pois nada obstante algumas arrojadas e liberais opiniões em contrário, não se pode olvidar, na esteira do pensamento de Hafter, que "la pena à l'inflizione di um male, Il suo carattere – non lo escopo – è la giusta retribuizione. Tutti gli sperimenti per negare ciò sono faliti" (cf. Nascimento, A.B., *op. cit.* p. 409).

Mais recentemente, por força dos brados da imprensa e do clamor popular, já se vêem decisões adotando o ponto de vista que entendemos correto. *O Estado de S.Paulo*, em 28.05.1996, p. C-3, noticiou: "Pena para rachador pode chegar a 20 anos". Na edição de 30.05.1996, p. A-3, em editorial, acentuou: "O Supremo Tribunal Federal encontrou o caminho para acabar com a inconseqüência dos apaixonados por carros com motores turbinados, os chamados *canhões* na gíria dos pilotos das ruas, que passam madrugadas em rachas. De agora em diante, aquele que provocar a morte de uma pessoa durante essas corridas terá cometido não mais um homicídio culposo, mas será processado por homicídio doloso, ou seja, intencional, e terá penas agravadas". Referido posicionamento começa a ganhar corpo, como pode ser visto dos seguintes arestos:

Pronúncia. Acidente de trânsito – Disputa de racha – Dolo eventual.

Ementa da *redação:* Atua com dolo eventual aquele que pratica o denominado *racha* (corrida de carros em via pública em alta velocidade), pois embora não pretenda causar a morte de ninguém, assume, de alguma forma, o resultado, o que é perfeitamente previsível, provável e possível (TJSP – Rec. Rel. Jarbas Mazzoni – *RT* 731/568).

Acidente de Trânsito – Homicídio – Réu embriagado que disputa *racha* – Presença de pedestres no local que não poderia ser ignorada pelo réu – Dolo eventual caracterizado – Decisão dos jurados que encontra respaldo nos autos para um pronunciamento condenatório – Apelação improvida – Inteligência do art. 121 *caput*, do CP.

Ementa oficial: A decisão dos srs. jurados não foi completamente ao arrepio dos autos, pelo contrário, nela encontra respaldo, pois o apelante, no momento da ocorrência, dirigia sob a influência de bebidas alcoólicas, em velocidade excessiva e, assim, indiscutivelmente, assumiu o risco de produzir o lamentável fato e, conseqüentemente, indica a existência de dolo eventual, já que não ignorava a presença de pedestres no local (TJPR – Ac. rel. Plínio Cachuba – *RT* 722/508).

Acidente de trânsito – Prisão preventiva devidamente fundamentada – Réu, que em *racha*, provoca mortes e lesões corporais em várias vítimas – Potencial de periculosidade demonstrada pelo fato delituoso – Primariedade e bons antecedentes que, no caso, não invalidam a custódia preventiva – *Habeas corpus* denegado.

Ementa oficial: Paciente acusado de haver causado a morte de sete, pessoas e lesões corporais em outras sete, tudo em uma corrida de automóvel conhecida como *racha* e que teve a prisão preventiva decretada na necessidade de assegurar-se a aplicação da lei penal além da potencial periculosidade demonstrada pelo fato delituoso. Demais disso, é preciso que a Justiça encontre resposta legal pronta e eficaz para evitar que se propague a criminalidade de motoristas que fazem de suas máquinas instrumentos de crimes bárbaros atingindo inocentes e indefesas vítimas. Primariedade e bons antecedentes não

bastam para invalidar a custódia provisória (STJ – HC – rel. Jesus Costa Lima – *RT* 721/529).

Se a solução alvitrada em tais arestos não é a ideal – face aos gravíssimos problemas de nossa área penitenciária – é a mais consentânea com a realidade existente e deve ser louvada no sentido de coibir os desatinos de motoristas desqualificados a ocupar os volantes de seus veículos, oferecendo um pouco mais de segurança aos seus pares.

4 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

CONSIDERACIONES TEORICAS Y METODOLOGICAS ACERCA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA REINCIDENCIA DELICTUAL EN CRIMINOLOGÍA

BENJAMÍN NÚÑEZ MACHUCA

ANDRÉS COO ESPINOZA

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Aspectos teoricos y metodologicos vinculados a la reincidencia: 2.1 Integración de la investigación com las teorías vigentes; 2.2 Enfoque interdisciplinario y multidimensionalidad del concepto de reincidencia; 2.3 La reincidencia: ¿fenómeno genérico o diferencial?; 2.4 La reincidencia: ¿legal o criminológica?; 2.5 Fatores socio-criminológicos asociados a la reincidencia: 2.5.1 Duración de condena y reincidencia; 2.5.2 Tipo de sentencia y reincidencia; 2.5.3 Factores laborales y reincidencia; 2.5.4 Factores psico-sociales; 2.5.5 Factores vinculados a la clase social – 3. Aspectos metodologicos: 3.1 Interrelación de variables asociadas a la reincidencia: formulación de modelos; 3.2 La reincidencia: ¿análisis transversales o longitudinales? 3.3 Reincidencia: ¿variables estructurales o de nivel individual?; 3.4 La reincidencia: ¿relaciones de causalidad o reciprocidad?; 3.5 Problemas en la medición de la reincidencia.

Resumen

El presente trabajo propone algunas consideraciones teóricas y metodológicas acerca del estudio de la reincidencia delictual, como resultado de una revisión del tratamiento del tema en la literatura criminológica, especialmente en el enfoque de la sociología criminal.

En relación a problemas de naturaleza teórica, se discute la necesidad de impulsar una mayor integración de la investigación con los teóricos vigentes, favorecer la adopción de perspectivas interdisciplinarias a partir de la multidimensionalidad del concepto de la reincidencia, abordar el carácter diferencial de este fenómeno y recoger los principales hallasgos empíricos en relación a las variables que aparecen más asociadas a la reincidencia.

Respecto de problemas de orden metodológico, se plantea la conveniencia de formular modelos que interrelacionen y controlen la incidencia de los factores en juego, discutirlas relaciones de causalidad o reciprocidad que establecen algunos factores con la reincidencia, las implicancias de usar un nível de análisis estructural o individual y plantear la necesidad de superar algunos problemas en la medición de la reincidencia.

1. Introducción

El presente trabajo se relaciona con un proyecto de investigación, destinado a determinar los factores que inciden en la reincidencia delictual de condenados, que se ejecuta mediante un convenio entre el Programa de Criminología de la Universidad Católica de Chile y el

Ministerio de Justicia de la República de Chile (Gendarmería de Chile).

2. Aspectos teoricos y metodologicos vinculados a la reincidencia

La literatura criminológica sobre el tema de la reincidencia ha debatido diferentes problemas que pueden resumirse en aspectos de naturaleza teórica o metodológica.

2.1 Integración de la investigación con las teorías vigentes

Un problema teórico importante se refiere a la escasa integración de la investigación del tema con los cuerpos teóricos criminológicos. Así han sido poco considerados los conceptos provenientes de las teorías del etiquetamiento, ecológicas, de la oportunidad diferencial, la anomia y las subculturas, entre otras, lo que afectaría el *status* científico de estas investigaciones. A modo de ilustración se mencionan algunos estudios que permiten mostrar las diversas posibilidades que ofrece una mayor integración. Así Buikhuisen y Hoestra (1974)[1] se plantearon investigar la incidencia del cambio del grupo de pares habitual de condenados que egresan, idea que toma de la teoría de la asociación diferencial, a través del factor del cambio de residencia posterior al egreso, encontrando que esta variable tiene una relación estadística con reincidencia, en el sentido que las tasas son menores en sujetos que se mudan y que la variable tiene menos peso cuando prevalecen factores que denomina internos y que asimila a su historia criminal y más peso cuando predominan factores externos denominados ambiente asocial e inestabilidad familiar.

Otra investigación en esta línea integradora la realizó Wiatrowsky, Griswold et al. (1981),[2] quien intentó constrastar los elementos de la teoría del control social de Hirschi (1969),[3] superando algunas insuficiencias de anteriores estudios que se centraban en índices únicos en relación a los vínculos sociales planteados por la teoría. Según este autor, la potencialidad de delinquir es general; lo que frena o limita su expresión en una conducta delictual abierta es el enraizamiento de las personas a la sociedad, a través de los vínculos sociales que establecen. En esta investigación se tomaron en cuenta los cuatro tipos de vínculos planteados por la teoría: el apego y consideración a las personas (lazos afectivos), identificación y compromiso con los valores convencionales, participación en actividades sociales convencionales (familia, estudio y otros) y las creencias o códigos morales. Al considerar estos elementos, emerge la comprobación empírica de la importancia del compromiso con los valores convencionales cuando se controlan varias variables simultáneamente, y de la participación social familiar y escolar.

2.2 Enfoque interdisciplinario y multidimensionalidad del concepto de reincidencia

Otra situación problemática se plantea al analizar los tipos de factores que dan cuenta del fenómeno de la reincidencia delictual. La literatura reconoce la gravitación de algunas variables criminológicas como condenas previas

(1) BUIKHUISEN, W. and HOESTRA, H. *Factors related to recidivism.* 1974 v. 14, p. 63-69.

(2) WIATROWSKY, M.; GRISWOLD, D. and ROBERTS, M. *Social control theory and delinquency.* A.S.R. 1981. v. 46, p. 525-541.

(3) HIRSCHI, T. (1969). *Causes of delinquency.* Berkeley: University of California Press.

(Payne *et al.*, 1974)[4] y otras relacionadas con la estabilidad familiar y el medio asocial, pero se debate acerca de la influencia de los factores psicológicos. Por un lado se pueden citar investigaciones que correlacionan positivamente tipos de personalidad con reincidencia, usando el Inventario Multifásico de la Personalidad de Minnesota (MPPI), el Cuestionario de Hostilidad y dirección de la hostilidad de Cayne, Fould y Hope (1967),[5] el Inventario de Protección Psicológica de Lanyon (1970),[6] el Cuestionario 16 PF de Personalidad, forma E de Cattel, Ebel y Tatsuoka (1970).[7]

Así, por ejemplo, McGurk, McEwan y Graham (1981)[8] relacionó cuatro subgrupos de jóvenes delincuentes con reincidencia encontrando evidencia que el grupo denominado "ansioso" tenía tasas de reincidencia menores que los otros tres grupos, relación estadística significativa y que persiste cuando se controla la variable "condenas previas" y "edad". Anteriormente, estudiando los tipos de personalidad en homicidas, el mismo autor (1978)[9] y McGurk y McGurk (1979)[10] también habían encontrado resultados positivos en el caso de homicidas que no presentaban cuadros psiquiátricos. Conclusiones similares había adelantado Blackburn (1971)[11] estudiando en el hospital de Broadmoor a homicidas con problemas psiquiátricos, estableciendo cuatro tipos de personalidad, usando el MPPI. También Eysenk y Eysenk (1974)[12] habían encontrado relaciones positivas especialmente en la dimensión de extraversión con reincidencia, sugiriendo que podría ser utilizado este hallazgo en la predicción de la libertad bajo palavra de menores.

No obstante, la situación no es clara, debido a que Fraas y Price (1973)[13] habían reportado conclusiones negativas usando el Inventario de Jesness (1966).[14] Lo mismo que Mack (1969),[15] usando el MPPI, concluyo que no permitía identificar reincidentes.

Anteriormente Francis (1970),[16] estudiando la reincidencia y tipos de crimen, no encontró relación con la dimensión de extraversión, como tampoco lo había

(4) PAYNE, C.; McCABE, S. and WALKER, N. *Predicting offenders-patients' reconvictions.* Brit. J. of. Psychiatry, 1974. 125, 60-64.

(5) CAYNE, T.; FOULDS, G. and HOPE, K. *Manual of the hostility and direction of hostility questionnaire.* Univ. London Press, 1967.

(6) LANYON, R. *Manual of the psychological screening inventory.* New York: Research Psychologist Press, 1973.

(7) CATTELL, R.; EBER, H. and TAKSUOKA, M. *Handbook for the sixteen personality factors questionnaire.* Windsor: Berkshire.

(8) McGURK, B.; McEWAN, A. and GRAHAM, F. *Personality types and recidivism among young delinquents.* Brit. J. Criminol. 1981. 21, 2, 159-165.

(9) McGURK, B. *Personality types among "normal" homicides.* Br. J. Cri. 1978. 18, p. 146-161.

(10) McGURK, B. and McGURK, R. *Personality types among prisoners and prison-officers- an investigation of Megargee's theory of control.* Brit. J. Criminol. 1979. v. 19, p. 31-49.

(11) BLACKBURN, R. *Personality types among abnormal homicides.* Brit. J. Criminol., 1971. 11, 14-31.

(12) EYSENK, S. and EYSENK, J. *Extravasion and subsequent recidivism in borstal boys.* Brit. J. Criminol., 1974. 14, 385-387.

(13) FRAAS, L. and PRICE, R. *The jesness inventory as a predictor AWOL recidivism.* Psycholog. Reports, 1972. 31, 741-742.

(14) JESNESS, C. *The Jesness inventory.* P. Alto, California: Consulting Psychology Press, 1966.

(15) MACK, J. *The MPPI and recidivism. Journal of anormal psychology,* 1969, 74, 612-614.

(16) FRANCIS, R. *Recidivism, types of crime and extraversion.* Australian and New Zealand J. of Criminol., 1970. 3, 92-94.

hecho Blum y Chagon en 1976[17] en el estudio de la misma variable psicológica. Tampoco Quay (1964)[18] había encontrado relación entre dimensiones de la personalidad estudiando delincuentes varones.

Algunas de estas discrepancias podrían ser explicadas, según señala McGurk (1981) (*op. cit.*) por tratarse de una investigación en delincuentes jóvenes y no en delincuentes adultos, como otras que no han encontrado significativa la relación con tipos de personalidad. Por otra parte, deve señalarse que los estudios citados sobre homicidas pueden haver encontrado relaciones positivas que no se hallarían en otro tipo de delitos, como son los delitos contra la propriedad.

Debe anotarse, además, que las investigaciones que estudian variables psicológicas no suelen considerar factores sociales o ambientales, por lo que sus resultados pueden merecer reparos metodológicos, considerando que puede haber otro tipo de factores que tengan mayor influencia.

Lo anterior puede generalizarse, en el sentido que muchos estudios sobre reincidencia se centran en una variable o en un mismo tipo de factores (Buikhuisen, 1974) (*op. cit.*) y que la orientación más deseable apunta a proponer enfoques multivariados, donde se pueda considerar el efecto de factores más bien externos (sociales) como también el peso relativo de factores internos (psicológicos). En el estudio específico de este autor, utilizando la técnica de análisis factorial, agrupó 22 variables obtenidas de registros de una muestra de 451 jóvenes delincuentes varones de una cárcel. Pese a que considera la historia criminal como factor interno, difereciándolo de factores externos (sociales), varios de los ítem considerados como condenas previas y tiempo recluido en cárceles no podrían ser asimilados fácilmente como variables internas.

El problema de fondo es que se necesita impulsar una línea de investigación de carácter multi e interdiciplinaria, que efectivamente integre conocimientos teóricos y hallazgos empíricos de diferente origen disciplinario.

2.3 La reincidencia: ¿fenómeno genérico o diferencial?

Otra cuestión que debe merecer nuestra atención es investigar si el fenómeno de la reincidencia es de carácter genérico o más bien diferencial. Diversos estudios han centrado la atención al estudiar la reincidencia, más que en las diferencias entre reincidentes y no reincidentes, en las que aparecen al considerar tipos de delitos y tipos de delincuentes. En tal sentido apunta Gurk *et al.* (1981) en el estudio ya aludido y también Andanaes (1952)[19] al distinguir tipos de delitos "racionales", los que asocia con los delitos contra la propiedad, y delitos "impulsivos", los que vincula con delitos de violencia.

Según este último autor, los delitos de carácter impulsivo serían menos susceptibles de disuasión, por lo que podría esperarse una mayor reincidencia.

Al considerar las relaciones entre reincidencia y tipo de delincuentes, se deben mencionar en especial tal tablas de predicción

(17) BLUM, F. and CHAGNON, M. *Extraversion and subsequent recidivism for a select group of young offenders.* Canadian J. of. Corrections, 1967. 9, 94-98.

(18) QUAY, H. *Personality dimensions in delinquent males as inferred from factor analysis of behavior ratings. Journal of research in crime and delinquency*, 1964, 1, 33-37.

(19) ANDENAES, J. *General preventions, illusion or reality? Journal of criminal law, criminol and pol. science*, 1952, 43, 176-198.

estadística de la reincidencia usadas por Mannheim y Wilkins (1955)[20] para pronosticar resultados del tratamiento en el caso de condenados a pena que se encontraban bajo libertad de palabra y las tablas de expectativas básicas ideadas por Wilkins en el Departamento de Penas de California (1958).[21]

La idea es que se basan en los factores que permiten distinguir entre distintos grupos, según su riesgo de reincidencia.

Estas tablas han sido usadas para medir la eficacia del tratamiento. No obstante, se han señalado algunas limitantes como que un mismo factor que puede ser favorable respecto de la reincidencia, puede ser desfavorable en otro grupo de riesgo (Hoody Spark, 1970).[22]

Este último autor en 1966, estudiando menores sin casa, concluyó que el valor de las tablas estadísticas usadas por Mannheim y Wilkins disminuye al considerar subgrupos que escapan a esa clasificación.[23] A similares conclusiones arribó Gibbens et al. (1981)[24] al estudiar jóvenes.

Hood y Spark (1970 (*op. cit.*) plantean que inevitablemente los estudios sobre eficacia del tratamiento se centran en la reincidencia como factor de éxito, y que muchas investigaciones han mostrado que aún no se establecen diferencias significativas entre tipos de tratamiento en cuanto a la reincidencia. Especial mención debe darse al estudio de Bailey (1966)[25] que cita, debido a que éste al evaluar cien informes sobre resultados de diferentes tratamientos comprobó que, a medida que aumentaba el rigor metodológico, los tipos de tratamiento no discriminan en cuanto a la reincidencia. Hood plantea que esto puede deberse a efectos diferenciadores de los tratamientos en diferentes tipos de delincuentes, en que las diferencias se anulan al considerar un grupo en su totalidad. Esto debería llevar a enfatizar la investigación que relacione tipos de tratamientos con tipos de delincuentes.

En todo caso, de la escasa investigación concluye que no se ha probado que exista esta relación.

2.4 *La reincidencia: ¿legal o criminológica?*

Una característica general de las investigaciones acerca de la reincidencia es que normalmente se basan en la reincidencia legal, desconociendo así la influencia de la "cifra negra", como expresión de la delincuencia oculta. Al respecto debe mencionarse el estudio de MacClintok y Gibson (1961)[26] que, al analizar la reincidencia en el delito de robo, observaron que un grupo que tenía una proporción de reincidencia más baja, realmente tal condición se debía a una mayor habilidad para eludir las detenciones. Este hecho, como señala Hood en obra citada, podría subestimar el grado de fracaso de una medida de tratamiento o de pena.

(20) MANNHEIM, M. and WILKINS, L. *Predictions methods in relation to borstal training.* London: H.M.S.O., 1955.

(21) WILKINS, L. *A small comparative study of the results of probation.* Brit. J. Delinquency, 1955. 8, 201-209.

(22) HOOD, R. and SPARKS, R. *Key lssues in criminology.* London: World Univ. Library, 1970.

(23) HOOD, R. *Homeless Borstal Boys.* London: G. Bell and Son, 1966.

(24) GIBBENS, T.; SOOTHILL, K. and WAY, C. *Sex offenders against young girls: a long-term record study.* Psychological Medicine, 1981. 11, 351-357.

(25) BAYLEY, W. *Correctional outcome: an evaluation of hundred reports. Journal of criminal law, criminology and pol. science,* 1966, 57, 153.

(26) McCLINTOCK, F. andf GIBSON, E. *Robbery in London.* London: McMillan, 1961.

Se hace necesario, por tanto, aumentar los estudios de la reincidencia criminológica, considerando que las cifras de algunos países indican que gran parte de las actividades delictuales nunca son denunciadas, o no son investigadas o no terminan en procesos por razones ajenas a la efectiva comisión del delito. Indudablemente esos estudios deben basarse en técnicas de auto-reporte u otras, que normalmente requiere la realización de entrevistas.

2.5 Factores socio-criminológicos asociados a la reincidencia

2.5.1 Duración de condena y reincidencia

Otro tema atingente y poco estudiado es la relación entre condenas de diversa duración y reincidencia. Las hipótesis postuladas en muchos de estos estudios apuntan a que las condenas más largas podrían disminuir la reincidencia y que las condenas más cortas podrían aumentar la reincidencia. Muchos de los estudios concluyen que las condenas más largas no son más eficaces para prevenir la reincidencia que las condenas más cortas. Así, por ejemplo, Johnson (1962)[27] y Mueller (1965),[28] analizando diferencias de reincidencia en dos grupos que accedieron a la libertad condicional, uno antes de la fecha y otro cuando correspondía, encontraron que la reincidencia era similar; incluso cuando se reduce la condena en un 20% no se observaron diferencias significativas. En ninguno de estos estudios se plantea la posible incidencia del contagio criminógeno en el caso de condenas más largas, lo que a la postre podría aumentar las probabilidades de reincidencia.

2.5.2 Tipo de sentencia y reincidencia

También resulta de interés, aunque no suficientemente estudiado el tema de la relación entre tipo de sentencia o cumplimiento de condena y reincidencia. Al respecto, Hammond y Chayen (1963)[29] encontraron que, en el caso de la libertad condicional u en un tipo de asistencia posterior al cumplimiento de la condena, se halló evidencia que más que disminuir la reincidencia estas medidas atrasaban el momento en que se manifestaba la reincidencia. Wilkins (*op. cit.*) encontró que la aplicación de la libertad vigilada no implicaba mayores niveles de reincidencia que las penas privativas de libertad. Lo mismo encontró Babst y Mannering (1965),[30] analizando un grupo de 5.274 delincuentes varones sometidos a libertad vigilada o a condena privativa y que gozaban de la libertad condicional. Si bien estos estudios han concordado que los sistemas abiertos son tan eficaces como las penas privativas, no se ha encontrado evidencia importante de que algún tipo de sentencia sea marcadamente superior en cuanto a exhibir menores niveles de reincidencia.

2.5.3 Factores laborales y reincidencia

Otro tipo de factores sobre los cuales no hay resultados muy concluyentes se refiere a las características laborales de

(27) JOHNSON, B. *An analysis of parole performance and of judgements of supervision in the parole research project.* Research Rep. 32, California Youth and Adult Corrections Agency, California, 1962.

(28) MUELLER, P. *Advanced release to parole.* Res. Report 20, Research Division, Calif. Dept. of. Corrections, California, 1965.

(29) HAMMOND, W. and CHAYEN, E. *Persistant criminals.* Home Office Research Unit Rep. 3, London, 1963.

(30) BAST, D. and MANNERING, J. *Probation versus imprisonment for similar types of offenders, a comparison by subsequent violations. Journal of reserarch in crime and delinquency*, 1965, 2, 60.

los reincidentes. Así Soothill (1973)[31] estableció una relación positiva entre planes laborales y reincidencia en un estudio de seguimiento de un año, en el sentido que aquéllos que habían rechazado ofertas de ayuda laboral exhibían mayores niveles de reincidencia. No obstante, en un estudio posterior de 1985,[32] descubrió tras un seguimiento de doce años que estas variables laborales no mantenían su relación con reincidencia cuando se controlaba a través de la variable de condenas previas y que éste era el factor realmente asociado a la reincidencia. Llama la atención la escasa dedicación al factor de refractariedad laboral, el que podría tener incidencia especialmente en los reincidentes en delitos contra la propiedad.

Se ha estudiado el impacto de diferentes factores económico-laborales, como desempleo, deprivación económica y otros, los que han sido abordados, a veces, como variables estructurales, lo que difiere del tratamiento que se le ha dado a los factores incluidos en este punto, los que han sido considerados como variables asociadas al individuo. De allí que se dedicará un párrafo especial a la discusión de ese tema, en la parte dedicada a los aspectos metodológicos.

2.5.4 Factores psico-sociales

Menos estudiado parece estar el impacto de factores psico-sociales como las actitudes, normas y valores relacionados con el delito. Scott (1964)[33] midió el cambio de actitudes ante el delito en alumnos ingleses con comportamiento desviado como efecto de medidas de tratamiento.

2.5.5 Factores vinculados a la clase social

Se ha estudiado bastante la relación entre clase social y criminalidad. En diferentes estudios se ha reportado evidencia cuando se trabaja con estadísticas oficiales, pero no ha sucedido lo mismo cuando la información se basaba en técnicas de auto-reportes. Esta discrepancia parece deberse al efecto de la cifra negra en el sentido que las cifras oficiales normalmente subestiman la criminalidad de algunas clases sociales. Otros estudios han distinguido, al examinar el impacto, entre la delincuencia juvenil y adulta, encontrando que el *status* de clase social se relacionaría sólo con la criminalidad adulta. (Thornberry y Farworth) (1982).[34]

Además, al diferenciar el efecto del *status* actual del delincuente del *status* de su familia de origen, se ha encontrado que la relación con criminalidad adulta se refiere al *status* actual del delincuente.

Una forma de reconceptualizar los factores vinculados a la clase social se ha planteado en la investigación criminológica al incluir la variable vida callejera en relación al origen parental de clase. (Hagan y McCarthy, 1992).[35] Se ha comprobado la incidencia de este factor en la criminalidad, y que esta condición es más frecuente en familias numerosas de clase baja. Esta situación se vincularía con fenómenos de desin-

(31) SOOTHILL, K. *The prisoner's release.* London, 1973.

(32) SOOTHILL, T. *The outcome for prisoners who rejected offers of help.* Br. J. Crim., 1985. v. 25, p. 172-181.

(33) SCOTT, P. *Approved school succes rates.* Brit. J. Criminol, 1964.

(34) THORNBERRY, T. and. FARNWORTH, M. *Social correlates of criminal envolment: further evidence on the relationship between social status and criminal behavior.* A.S.R. 1982. v. 47, p. 505-518.

(35) HAGAN, J. and McCARTHY, B. *Streetlife and delinquency.* B.J.S., 1992. v. 43, p. 533-561.

tegración familiar y con niveles más bajos de control familiar, lo que se relaciona con una menor capacidad de adaptación y a la disciplina escolar, lo que se expresa en una mayor conflictividad escolar. Se usaron algunas técnicas que revelaron que los jóvenes de alto riesgo se vinculan más con delitos graves en comparación con el grupo de jóvenes de bajo riesgo. No obstante, usando otras técnicas estos investigadores descubrieron que ambos grupos de jóvenes aparecen vinculados con delitos graves, aunque los jóvenes de alto riesgo que están en la escuela se encuentran menos vinculados al delito que los que practican la vida callejera.

3. Aspectos metodologicos

Aparte de los temas expuestos, la investigación criminológica ha planteado y debatido numerosos problemas metodológicos que tienen especial relevancia en materia de reincidencia.

3.1 Interrelación de variables asociadas a la reincidencia: formulación de modelos

Se requiere superar un nivel de investigación en el tema de los factores que se asocian a la reincidencia que ha apuntado básicamente a identificar uno o varios factores y a descartar otros, utilizando cualquier técnica estadística apropiada, para avanzar hacia la formulación de modelos empíricos que redefinan el papel que juegan las distintas variables independientes e intervinientes. Estos modelos permitirían validar empíricamente las proposiciones de formulaciones teóricas, reformularlas o invalidarlas y permitirían también conjugar factores provenientes de diferentes orígenes disciplinarios. Se puede mencionar la investigación de Wiatrowsky, Griswold y Roberts (*op. cit.*), quienes colocaron a prueba la teoría del control social de Hirschi; para ello consideraron, aparte de los cuatro tipos de vínculos planteados en la teoría, otras variables asociadas a la criminalidad. De este modo rechazaron el modelo simple que se deducía, según estos autores, del planteamiento de Hirschi y propusieron un modelo multivariado complejo. Este modelo descartó un efecto importante de los factores de clase social y aptitudes intelectuales, cuando se consideraban los cuatro factores del enraizamiento y destacó en especial el impacto de los vínculos parentales y escolares, los que muestran una alta correlación negativa con la delincuencia; en cambio, el efecto de los grados escolares tiene una importancia moderada. Al controlar las variables antes indicadas se destaca, además, el impacto de los códigos morales y de la participación en actividades sociales convencionales. En el modelo final los factores de clase social y de aptitudes intelectuales influyen en los vínculos parentales y ambas variables en los códigos morales, los que inciden directamente en la delincuencia.

3.2 La reincidencia: ¿análisis transversales o longitudinales?

Uno de ellos se refiere a que la mayoría de las investigaciones analizan la reincidencia en estudios transversales y, por tanto, en forma estática, siendo necesario considerarla como un proceso, lo que requiere necesariamente estudios longitudinales (Buikhuinsen *et al.*, 1974) (*op. cit.*). Esto parece de particular importancia cuando se analiza el impacto de determinados tratamientos o sistemas de cumplimiento de condena, lo que implica un seguimiento en que se analiza la conducta futura de un sujeto particular. Al respecto, Glasser (1964)[36] estimó en un período de cuatro años de prueba en presos

(36) GLASER, D. *The effectiveness of the prison and parole system.* New York: Bobbs-Merrill, 1969.

federales norteamericanos que la reincidencia era significativamente menor de lo que se creía. As respecto, se confunde la proporción de reincidencia a una fecha en una problación penal com la probabilidad de reincidencia calculada después de un período de seguimiento. Esta última medición responde a la interrogante de cuántos reinciden y cómo lo hacen.

Relacionado con lo anterior, está el problema de la duración óptima del período de seguimiento. Aparentemente las opiniones parecen diferir. Por un lado, están los estudios de Soothill y Pope (1973),[37] de Gibbens, Soothill y Way (1978 y 1981) (*op. cit.*);[38] de Soothill, Jack y Gibbens (1976)[39] y Soothill (1985) (*op. cit.*) que enfatizan la utilidad de un período de seguimiento largo que en las investigaciones mencionadas oscilan entre 12 y 22 años, y por otra parte está la postura de Hood y Spark (1970) (ob. cit) que señalan la conveniencia de trabajar con períodos de seguimiento cortos.

La discrepancia es más bien aparente, ya que se refieren a diferentes objetivos a investigar. En el caso de Soothill el período largo está usado para estudiar delitos graves y delitos sexuales, como violación, incesto, abuso con menores, y el período corto está sugerido para analizar la reincidencia de delitos corrientes y "normales", como serían los delitos contra la propriedad. En cambio, Hood y Spark recomiendan los períodos cortos, no en relación a los tipos de delitos, sino respecto a la medición de la eficacia de tipos de tratamiento y de tipos de sentencia, ya que, por una parte, no tendría sentido considerar como fracaso de un tipo de medida la reincidencia en un delito después de 20 años, y, por otra, sostiene que la mayoría de ella se concentra en los primeros três anõs.

3.3 Reincidencia: ¿variables estructurales o de nivel individual?

El caso de los factores económicos, laborales y otros.

Una cuestión importante es la distinción entre factores microsociales y otros de orden estructural o macrosocial en los estudios acerca de la reincidencia. Entre éstos, la investigación criminológica empírica reporta diferentes antecedentes relativos al impacto del nivel de desempleo en las tasas de delincuencia y encarcelamiento, definiendo el nivel de desempleo en términos estructurales. En efecto, diversas investigaciones se han abocado a contrastar empíricamente hipótesis de dos tipos: unas, que establecen una relación directa con los niveles delincuenciales e indirecta con los niveles de encarcelamiento (Grimberg, 1977)[40] y Thornberry y Christenson (1984).[41] En ambos casos se postula una correlación positiva, pero existen muchos otros estudios que plantean una ausencia de correlación, basada, por ejemplo, en que el *stress* provocado por el desempleo no necesariamente induce a una persona con una adecuada socialización a delinquir y que los delitos muy ocasionales representarían una pequeña proporción de los

(37) GIBBENS, T.C.N.; SOOTHILL, K. and WAY, C. 1978. *Sibling and parent child incest offenders.* Brit. J. Criminol. 1978. v. 18, 40-52.

(38) SOOTHIL, K. and POPE, P. *Arson: a twenty-years cohort study.* Med. Science Law, 1973. 13, 127-138.

(39) SOOTHILL, K; JACK, A. and GIBBENS, T. *Rape: a 22-years cohorts study.* Med. Science Law, 1976, 16, 62-69.

(40) GREENBERG, D. *The dynamics of oscillatory punishment process. Journal of criminal law and criminology.* 1973. v. 68, p. 643-651.

(41) THORNBERRY, T. and CHRISTENSON, R. *Unemployment and criminal involvement: an investigation of reciprocal causal structure.* A.S.R. 1984, v. 49, p. 398-411.

delitos graves (Blumstein, Cohen y Farrington, 1988).[42] En este último caso se está usando un nivel de análisis individual, microsocial, que no permite extrapolar respecto a un nivel de análisis estructural. En relación a este tema de la reincidencia, cabría señalar que se ha hipotetizado una falta de correlación, debido a que los delincuentes habituales son también a la vez desempleados crónicos. (Parker y Horwitz, 1986).[43] Esto ha llevado a sostener que la reincidencia no debería ser afectada mayormente con el nivel de desempleo imperante en un momento determinado. Vale el anterior comentario, en el sentido que, a partir de una característica laboral individual de los reincidentes no debería extrapolarse a un nível de análisis estructural. Esto no significa que pierdan validez los enfoques de investigación centrados en variables microsociales, si se evita la extrapolación en las conclusiones. Se han planteado, por otra parte, estudios que se basan en los análisis de Rusche y Kirchheimer (1939),[44] que plantean un vínculo directo entre el grado de desempleo en la sociedad y las tasas de encarcelamiento. En este caso están las investigaciones de Chiricos y DeLone (1991 y 1992) [45-46], como también D'Alessio y Stolzenberg (1995).[47] En el primer caso se trata de un estudio transversal sobre delitos de felonía y faltas en adultos, de corte microsociológico, centrado en el *status* laboral del delincuente, enfoque que difícilmente puede colocar a prueba hipótesis formuladas a nivel estructural. En el segundo estudio critican que las relaciones empíricas se hayan establecido habitualmente en relación a la población condenada y encarcelada para plantear la conveniencia de estudiar el impacto en personas encarceladas que aún no han sido condenadas, dado que argumentan que la visión original de Rusche de este grupo social se refería más bien a un grupo delictualmente primario. Considerando la relación del delito con otras variables estructurales, se ha estudiado la incidencia de factores como la deprivación económica, desigualdad económica e integración social en las tasas de homicidios, otros delitos violentos y delitos contra la propiedad (Kposowa, Breault y Harrison, 1995),[48] encontrandóse a través del método de covarianzas estructurales un importante impacto de la deprivación económica o pobreza, densidad poblacional y divorcio en las tasas de homicidios; de la urbanización y densidad poblacional en las tasas de delitos violentos, y de la urbanización en las tasas de delitos contra la propiedad. En el caso de las tasas de criminalidad rural se comprueba la incidencia de la pobreza y el divorcio en los delitos de homicidio, de las migraciones y la urbanización en los delitos rurales contra la propiedad y en

(42) BLUMSTEIN, A.; COHEN, J.; SOUMYO, M. and NAGIN, D. *On testing the stability of punishment hyphotesis: a reply. Journal of criminal law and criminology.* 1981, 72, p. 799-808.

(43) PARKER, R. and HORWITZ, A. *Unemployment, crime and imprisonment: a pannel aproach.* Criminology, 1986. v. 24, p. 751-773.

(44) RUSCHE, G. and. KIRCHHEIMER, O. *Punishment and social structure.* N. York: Columbia University Press, 1939.

(45) CHIRICOS, T. and BALES, W. *Unemployment and punishment: an empirical assessment.* Criminology. 1991. v. 29, p. 701-724.

(46) CHIRICOS, T. and DELONE, M. *Labor surply and punishment: a review and assessment of theory and evidence.* Social Problems. 1992. v. 39, p. 421-446.

(47) D'ALESSIO, S. and STOLZENBERG, L. *Unemployment and the incarceration of petrial defendants.* A.S.R. v. 60, p. 350-359.

(48) KPOSOWA, A.; BREAULT, K. and HARRISON, B. *Reassesing the structural covariates of violent and property crimes in the USA: a count level analysis. British Journal of Sociology*, 1995, v. 46, p. 79-105.

los delitos violentos. Por último, el desempleo aparece fuertemente asociado a los delitos rurales contra la propiedad. No se encontró evidencia empírica que respaldara el impacto de la desigualdad económica ni de las subculturas criminales en el caso de la población negra del sur de Estados Unidos.

Sorprendentemente no parecen respaldadas empíricamente las explicaciones teóricas de la subcultura criminal ni la basada en el concepto de la desintegración social al menos en el caso de la población negra. Incluso más, aquí se redefine integración social como una variable dependiente. Estas diferencias con las conclusiones tradicionales, que dan gran importancia a las últimas variables señaladas, se deberían a que no se habían incorporado mayormente los análisis por región, por raza, pobleza, desigualdad económica, desintegración familiar y divorcio. Además, que generalmente se habrían estudiado casi exclusivamente las áreas urbanas y se habrían usado de preferencia muestras pequeñas. Mucho menos estudiados parecen estar otros factores macrosociológicos, como algunos de orden organizacional (Sutton, 1987),[49] características poblacionales (Inverarity y McCarthy, 1988)[50] o relacionados con la represión estatal (Scull, 1977).[51]

3.4 La reincidencia: ¿relaciones de causalidad o reciprocidad?

Una observación de fondo al estudio de la reincidencia debe plantearse en términos que la teoría y la investigación criminológica se ha basado casi siempre en un esquema tradicional de causalidad, en donde el crimen es considerado la variable dependiente y en que se persigue establecer cuáles son los factores que lo determinan, los que representan el papel de variables independientes. Thornberry y Christenson (1984) (*op. cit.*) plantearon la necesidad de revisar este esquema, al estudiar la relación entre el desempleo y el delito y postularon la utilidad de un modelo no-causal que se centrara en las relaciones e influencias recíprocas de las variables ya señaladas, encontrando evidencia empírica que respaldó esta hipótesis.

3.5 Problemas en la medición de la reincidencia

Una cuestión importante es desde cuándo se mide la reincidencia. Hood y Spark (*op. cit.*) han quitado validez a las investigaciones que han medido la reincidencia en el período de aplicación de la medida, como en el caso de la libertad vigilada, ya que estos estudios no son comparables con los resultados de las penas de prisión que necesariamente deben hacerse al egreso del condenado. A lo que debe agregarse que ninguna medida que tenga un componente de tratamiento debería medirse antes que haya concluido.

También ha merecido atención en la medición de la reincidencia la definición de ésta. Tradicionalmente los estudios se han abocado a distinguir entre reincidentes y no reincidentes, permaneciendo en un esquema dicotómico del fenómeno. A éstos deben agregarse las categorías de reincidencia habitual y ocasional, las que pueden apuntar a diferentes tipos de delincuentes detrás de lo cual hallan características diferenciadoras de importancia. Además se ha debatido acerca de criterios asociados a la reincidencia, las

(49) SUTTON, J. *Doing time: dynamics of imprisonment in the reformist states.* A.S.R., 1987, v. 52, p. 612-630.

(50) INVERARITY, J. and. DANIEL, J. *Punishment and social structure revisited: employment and imprisonment in the USA 1947-1984.* Sociological Quarterly. 1988. v. 29, p. 263-279.

(51) SCULL, A. *The carceration.* Englewood Cliffs: N.J. Prentisse-Hall, 1977.

que especificarían mejor el fenómeno en estudio. Interesante es la contribución de Soothill (1985, *op. cit.*) en que considera los criterios de velocidad, frecuencia y gravedad de la reincidencia y los define operacionalmente, en términos de un estudio anterior del autor con Holmes (1981).[52]

Debe anotarse, sin embargo, que tales definiciones operacionales son dicotómicas y convencionales y, tal vez, necesitan ser reajustadas según el sistema penal que se trate, lo que dificultaría la comparación. Otro aporte significativo hace Glasser en obra citada, al distinguir cuatro categorías de reincidencias en término de éxito o fracasso en el reingreso a una prisión. Así distingue el reincidente "claro" cuando se ha vuelto por un delito grave; del fracaso marginal que se define como el reingreso por una medida arbitraria, por una falta o por incumplimiento técnico de un período de prueba. Las categorías complementarias aluden a la reforma "clara" cuando no se ha cometido delito en el período de prueba y la reforma "marginal" cuando no habían vuelto, pero habían perdido su trabajo, o cometido una falta o interactuaban con delincuentes.

Se pueden presentar problemas metodológicos de importancia cuando, al medir o comparar tipos de tratamientos o sistemas de cumplimiento de condena, no se usan métodos que garanticen la comparación, ya que lo que se mediría no es la eficacia de los sistemas, sino las diferencias propias de distintos tipos de delincuentes o poblaciones penales. Esto implica el uso de técnicas de comparación individual, que, aparte de necesarias, son posibles, pero que implican ciertas dificultades, como conocer bien las características de los individuos que se incluyan en especial acerca de su reincidencia (Wilkins, 1958) (*op. cit.*).

Por último, están los problemas de confiabilidad, relacionados con que la mayoría de los estudios se basan en los registros existentes, los que pueden variar en cuanto a su calidad y a que normalmente los estudios no incluyen entrevistas directas a los sujetos considerados. (Buikhuisen y Hoestra, 1974) (*op. cit.*).

De este modo se ha tratado de ofrecer un amplio panorama de los principales avances y déficit en la investigación criminológica en materia de reincidencia delictual, en la idea que contribuya a despejar algunas de las interrogantes teóricas y metodológicas que se plantean al estudioso de este tema.

(52) SOOTHILL, K. and HOLMES, J. *Finding employment for ex-prisoners: a ten years follow-up study. The Howard Journal*, 1981, XX, 29-36.

4 – CRIMINOLOGIA E MEDICINA LEGAL

PERIGO DE VIDA

ART. 129 – § 1.º, II – CPB

JOÃO BOSCO PENNA

SUMÁRIO: 1. Resumo – 2. Discussão – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

1. Resumo

Procurou o autor, empregando a metodologia qualitativa, fazer um estudo comparativo dos critérios clínicos e médico-legais para a caracterização das lesões pessoais. Os legistas não foram consultados, pois utilizam a classificação do Código Penal. A amostra dos *clínicos* foi constituída por docentes da Universidade de São Paulo, de cinco diferentes especialistas, com nível mínimo de doutoramento completo. No trabalho de campo, realizou dez entrevistas semi-estruturadas, gravadas sem identificação (por motivos éticos), com duração média de cinqüenta e cinco minutos, duas com cada grupo de especialistas, sendo uma no campus de São Paulo e outra no campus de Ribeirão Preto. O número foi suficiente para permitir a reincidência de informações a partir da segunda entrevista. Fez a transcrição fiel das mesmas, a classificação dos dados, dando ênfase especial aos destaques que surgiram, que são encontradas no texto, entre aspas e seguidas de uma identificação (E. N.º ...) que significa entrevista número ..., sendo que esta numeração representa apenas a ordem de transcrição. Usou este novo material empírico para comparar com a classificação penal. Para a análise dos dados, utilizou a interpretação total das *falas*, sob sua ótica de legista. Pelo número altíssimo de coincidências, alto de imbricações e baixíssimo de divergências e diversidades encontradas, é lícito que conclua que os elementos que servem de base para confronto, julgamento e apreciação entre ambas as classificações são muito mais coincidentes que discordantes e diferentes.

Essa conseqüência não existia no Código Penal anterior: se em decorrência de ferimento, a vítima corresse perigo de vida mas não ficasse inabilitada para seu serviço ativo por mais de 30 dias, a lesão seria Leve. O Código Penal de 1940, inspirando-se na Lei Italiana, estabeleceu esta modalidade, incluindo-a entre as lesões graves.

Isto porque existem certas lesões de notável periculosidade que são curadas em menos de 30 dias, por exemplo, uma hemorragia aguda, contusão visceral ou cerebral, choque, asfixia, envenenamento, e outras, mas que por circunstâncias próprias, podem acarretar inaptidão para os serviços habituais, por menos de trinta dias.

As fraturas de crânio nem sempre são graves ou gravíssimas, causando incapacidade por mais de 30 dias, perigo de vida etc.; para que haja a qualificadora é necessário o diagnóstico e não o prognóstico (suposição).

Não existe crime sem que haja além da ação (movimento voluntário corpóreo) ou omissão (voluntária abstenção do movimento corpóreo), um resultado, isto é, uma alteração do mundo exterior, afetando as condições de existência ou segurança de um bem ou interesse penalmente tutelado.

Todo crime produz uma situação de fato, seja de dano real, efetivo, concreto, seja de perigo que é probabilidade de dano, dano potencial.

Segundo Rocco, citado por Hungria, "perigo é a modificação do mundo exterior (resultado), voluntariamente causada ou não impedida (ação ou omissão), contendo a capacidade (idoneidade) de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou restrição de um interesse (dano)".[1]

Muitas vezes, embora exposto a perigo, o bem não é substancialmente lesado, mas sofre uma perturbação no seu estado de segurança; é colocado, embora transitoriamente, numa situação de precariedade, incerteza, instabilidade.

Muito se discute a respeito do conceito de perigo. É uma realidade objetiva ou pura representação do espírito?

A *teoria subjetiva* sustenta que o perigo não é senão uma idéia, um ente de imaginação, nada tendo de objetivo. É uma hipótese, não um fato; é uma abstração subjetiva, não é uma entidade concreta. Perigo seria, portanto, segundo os subjetivistas, uma impressão de temor, não passando de uma representação mental, de pura indução subjetiva.

Do ponto de vista *objetivo*, o perigo é um trecho da realidade; existe a probabilidade objetiva segundo um cálculo estatístico, fundado na experiência ou observação sistemática dos fatos. É para os objetivistas um estado de fato que contém as condições (incompletamente determinadas), de um evento lesivo.

Do ponto de vista *misto ou integrativo,* perigo é ao mesmo tempo um conceito objetivo e subjetivo. Se a possibilidade ou probabilidade é sempre alguma coisa de subjetivo, a situação na qual o objeto é posto diante do perigo, é alguma coisa de objetivo.

A possibilidade não é só objetiva nem só subjetiva: é ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. Esta última teoria, mista, é a verdadeira, segundo alguns estudiosos de Direito consultados.[2]

Se é certo que se pode conceber objetivamente o perigo, não é menos certo que tal concepção não poderá jamais excluir uma avaliação subjetiva, isto é, uma apreciação sintética das circunstâncias.

O perigo não é impressão porque o "Direito Penal não tutela a impressionabilidade interna dos indivíduos".[3]

Na órbita jurídico-penal, o perigo como possibilidade ou probabilidade de dano antijurídico é um elemento básico.

O dissídio entre as teorias objetiva e subjetiva é apenas filosófico.

Qual, entretanto, a quantidade ou grau de existência que deve conter o perigo como conceito jurídico penal?

Aqui outra vez existe controvérsia doutrinária.

Para uns, basta a simples possibilidade. A possibilidade de dano, qualquer

(1) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo : Forense, 1955. v. 5-6.

(2) DELMANTO, C. *Código Penal comentado.* São Paulo: Freitas Bastos, 1968. p. 194-221; FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal.* São Paulo: José Bushatsky, 1976; GOMES NETO, F.A. *Código Penal brasileiro comentado.* São Paulo: Brasiliense, 1989. v. 2; HUNGRIA, *op. cit.*, NORONHA, E.M. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2; SILVEIRA, E.C. *Direito Penal – crimes contra a pessoa.* São Paulo: RT, 1973.

(3) HUNGRIA, *op. cit.*

que seja o seu grau, é necessária e suficiente ao conceito de perigo.

Para outros, é necessária a probabilidade, isto é, uma relação de possibilidade deduzida do *id quod plerunque accidit* ("isto que quase sempre, ordinariamente, acontece, sucede, mata").

Probabilidade é o motivo ou indício que deixa presumir a verdade ou a possibilidade de um fato.

Possibilidade é o que pode ser, acontecer ou praticar-se; é a qualidade de possível.

A razão está com os que declaram a insuficiência da mera possibilidade. O perigo do ponto de vista jurídico-penal não pode ser uma abstração, possibilidade ou uma eventualidade anormal ou incomum.

O Direito Penal deve desinteressar-se dos perigos mínimos ou de escassa possibilidade, pois, de outro modo, cessaria toda a liberdade de movimentos.

No curso da vida há certa normalidade de riscos.

Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais comezinhas da vida cotidiana.

Entretanto, o homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos jurídicos.

O advento do dano será mais ou menos provável, segundo a maior ou menor preponderância das condições favoráveis sobre as contrárias, mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente, em cotejo com os casos análogos.

No campo jurídico-penal, segundo Hungria,[4] o perigo pode ser presumido, concreto, coletivo, individual, atual (iminente), futuro (remoto).

Perigo presumido ou o que deve ser reconhecido em abstrato é o que a lei presume, inserto em determinada ação ou omissão. Depende de juízo *a priori*.

Perigo concreto, ao contrário, é o que deve ser averiguado ou demonstrado de caso em caso na sua efetividade, ou é presumido *juris tantum*, admitida prova em sentido contrário. O perigo concreto depende de juízo *a posteriori*.

Perigo coletivo ou comum é o que afeta um determinado número de pessoas, por exemplo, crimes e contravenções contra a incolumidade pública.

Perigo individual é o que afeta o interesse de uma só pessoa ou de um exíguo e determinado número de pessoas. Ex: crime contra a incolumidade individual.

Perigo atual ou iminente é a probabilidade presente ou efetiva de um dano, pouco importando a maior ou menor persistência ou permanência dessa probabilidade.

Perigo futuro ou remoto é aquele que não existindo na atualidade pode advir em tempo sucessivo. É a possibilidade de perigo ou o perigo de perigo. É o evento genérico das contravenções e da tentativa dos crimes de perigo.

Carrara, *apud* França, chamou de risco de vida o *perigo do perigo*.[5]

A lei não deixa a apreciação do perigo ao juízo do agente; no caso do perigo presumido, funda-se na experiência geral para, *a priori*, considerar perigosa esta ou aquela ação ou omissão. No caso do perigo concreto, dependendo este de juízo *a posteriori*, não é ainda a opinião do agente que se deve ter em conta, mas a do juízo comum, o entendimento vulgar.

(4) HUNGRIA, *op. cit.*

(5) FRANÇA, G.V. *Medicina Legal*. 2.ed. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1985.

Os crimes de perigo diferem dos crimes de dano não só no aspecto objetivo como também subjetivo. Não existe dolo onde não existe relação entre a vontade e o evento, pois que, prever não é querer.

Dolo de perigo é a vontade de criar tão-somente o evento de perigo. É certo que o agente querendo o *eventus periculi*, prevê necessariamente o *eventus damni*. "O dolo de perigo é a vontade consciente de expor a perigo um bem ou interesse humano", segundo Arturo Rocco, citado por Hungria.[6] Distingue do dolo de dano que se encontra nos crimes de dano ou lesão porque neste o que se quis foi um dano e naquele, somente o perigo.

O dolo de perigo pode também ser direto ou eventual.

Difere também da culpa: na culpa inconsciente (*ex-ignorantia*) o evento danoso não é sequer previsto. Na culpa consciente (*ex-lascívia*), o evento danoso é previsto, mas o agente confia que não acontecera. No dolo de perigo, o agente não quer também o previsto evento de dano, só querendo a situação de fato que o possibilita.

Simular perigo não é querê-lo. Fingir um perigo é um indiferente penal, salvo se, traduzindo uma imprudência, der causa ao evento lesivo, pois em tal hipótese, configurar-se-á crime culposo se, a título de culpa for punível o fato.

Na simulação de perigo está excluída a direção da vontade, no sentido da efetiva probabilidade ou possibilidade de dano, pois se isto não ocorresse, não se poderia falar em simulação de perigo.

Há certos casos em que determinado evento lesivo cria, por si mesmo, a probabilidade de um dano mais grave ou extensivo e tal probabilidade passa a constituir elemento integrante de fato criminoso. É o que acontece em várias modalidades de crime de perigo comum ou contra a incolumidade pública. Por exemplo, o incêndio. Como a lei em tais casos leva em conta preferencial a conseqüente probabilidade de maior dano (embora este seja alheio à vontade do agente), o crime não deixa de ser reconhecido como crime de perigo.

O perigo de vida previsto no § 1.º, inc. II, do art. 129 do CP, é aferido por diagnóstico e não por prognóstico. É ele a probabilidade de êxito letal; é um critério clínico, como faz a jurisprudência italiana.

O perigo de vida decorre de um diagnóstico e não de mero prognóstico dos peritos. É preciso, para que ocorra essa agravante da lesão, que pelo menos em determinado momento do processo patológico, mais ou menos longo, tenha se verificado uma efetiva probabilidade de êxito legal. O perigo, em suma, há de ser sério, atual e efetivo. Não remoto ou presumido. (TACRIM-SP – *RT* 447/414).[7]

Diagnóstico é conhecimento, determinação.

Risco de vida é a presunção, prognóstico, possibilidade de perigo.

Em relação ao êxito letal, o risco antecede, vem antes do perigo.

Presunção é suposição, suspeita.

Prognóstico é presságio, profecia, agouro, predição.

Se fosse adotado o critério prognóstico, a simples expectativa de uma infecção tetânica por contaminação de uma escoriação, já caracterizaria o perigo de vida, o que é exagerado e imprudente.

Não caracteriza perigo de vida a mera possibilidade de superveniência de infec-

(6) HUNGRIA, *op. cit.*

(7) FRANCO, A.S.; FRANCO, C.S.; SILVA JR., J.; BETANHO, L.C., ALMEIDA, N.M.; STOCO, R.; FELTRIN, S.O.; GUASTINI, V.C.R.; NINNO, W. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 2.ed. São Paulo : RT, 1987. p. 529-53.

ção conseqüente a ferimentos produzidos por instrumento não esterilizado (TACRIM-SP – *JUTACRIM* 22/192), segundo Franco *et alii*.[8]

Seria temerário classificar uma lesão pelas conseqüências possíveis que dela poderão advir, pois todas as lesões trazem consigo uma ameaça, um risco de complicação, "um perigo potencial de vida".[9]

É necessário que o perigo exista ou tenha existido de fato e não que poderia ou deveria ter existido. Não importa quanto tempo venha a persistir, podendo ser instantâneo (rotura de um vaso calibroso), ou aparecer com o tempo (uma peritonite), sendo prolongado. Não importa se cessou com ou sem tratamento. Assim o perigo deve ser atual ou passado (diagnóstico) e não presumido ou previsto para o futuro (prognóstico),[10] não importando quanto tempo tenha durado.

Para que se possa falar em perigo de vida, há necessidade de ficarem demonstradas, plenamente, as conseqüências da lesão caracterizadas por sinais e sintomas de grande repercussão sobre funções essenciais da vida orgânica, que são incompatíveis com o continuar da vida. A probabilidade da morte da vítima tem, por outro lado, que ficar demonstrada, sem o que não há falar em perigo de vida.

Eis alguns acórdãos jurisprudenciais que bem tipificam o perigo de vida, citados por Franco *et alii*:

"O perigo de vida, para que fique configurado, exige diagnóstico minucioso e onde reste demonstrado que, com relação às funções mais importantes da vida orgânica, ocorreram perturbações graves, sintomas alarmantes, que, real e concretamente puseram em risco a vida do ofendido." (*RT* 511/403 e 307/566).[11]

Simples referência a laparotomia não basta para o reconhecimento de perigo de vida, sendo mister que se mencione em que constitui tal perigo. Nesse sentido a doutrina e a jurisprudência (TACRIM-SP – *JUTACRIM* 37/211).[11]

Perigo de vida é a probabilidade concreta e presente do êxito letal, sendo somente possível de reconhecimento quando no curso do processo patológico conseqüente à ofensa, houver um momento, ainda que fugidio, em que, pelo estado do ofendido, resulte provável sua morte. Assim, não há reconhecer lesão corporal grave ante, tão-só, o fato de ter o ferimento sede na cavidade abdominal ou de ser a vítima submetida a operação de urgência (TJSP – *RT* 590/334).[12]

Não é preciso ser médico, nem especialista em perícia médica, para saber que, sendo a vítima atingida por inúmeras facadas, com perfuração de vísceras nobres, tanto torácicas como abdominais, houve perigo de vida (*RT* 585/312).[13]

É incontestável a ocorrência do perigo de vida se o projétil disparado pelo acusado perfura o hemitórax da vítima, provocando choque hemorrágico, a exigir até mesmo uma ressecção do pulmão, que vem a ser a excisão de parte deste órgão do aparelho respiratório (TJSP – *RT* 572/297).[14]

Não basta o risco potencial, aferido pela natureza e sede das lesões, para caracterizar a qualificadora prevista no art. 129, § 1.º, II, do CP. O perigo de vida somente deve ser reconhecido segundo critérios objetivos, comprobatórios do

(8) FRANCO *et alii*, *op. cit.*

(9) ALVES, E. S. *Medicina legal e deontologia*. Curitiba : Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1966; FÁVERO, F. *Medicina legal*. 11. ed. São Paulo : Martins; Belo Horizonte : Itatiaia, 1980.

(10) ALVES, *op. cit.*

(11) FRANCO *et alii*, *op. cit.*

(12) *Idem, ibidem.*

(13) *Idem, ibidem.*

(14) *Idem, ibidem.*

perigo real a que ficou sujeita a vítima, mesmo que por pequeno lapso de tempo (TJSP – *RT* 569/281 e *RT* 579/431).[15]

Para que se possa admitir a ocorrência de perigo de vida, é indispensável que os peritos médicos, reportando-se ao quadro patológico apresentado pela vítima da agressão, esclareçam os sintomas que os levaram à certeza da probabilidade do êxito letal. Insuficiente a tal fim é limitar-se o laudo a consignar a existência da lesão e sua localização (TACRIM-SP *RT* 556/346 – *RT* 554/348, 534/415 – *JUTACRIM* 52/175, 47/187 e 43/245).[16]

Não basta se comprove a ocorrência de ferimento penetrante na cavidade abdominal para que deste fato deflua a conclusão de que houve perigo de vida. No máximo, tal lesão pode justificar um juízo de prognose reservada, mas não perigo de vida referido no tipo (TACRIM-SP *RT* 515/370).[17]

Ao Direito Penal não interessa, normalmente, o que em regra acontece em Medicina, mas sim o que efetivamente acontece ou, ao menos, o que os dados objetivos mostram inequivocadamente estar para acontecer. Se a vítima, embora tendo recebido ferimento penetrante no abdome, não ficou em perigo de vida tanto assim que se recuperou rapidamente, sem intervenção cirúrgica, não se tipifica a agravante do § 1.º, II, do art. 129, do CP (TACRIM-SP – *RT* 415/256).[18]

Suficiente à caracterização de perigo de vida, sofrer o agente passivo ferimento no lobo do fígado. Impõe-se tal solução máxime se em conseqüência, sobrevém choque hemorrágico, por ser perfeitamente previsível, em tal caso, morte rápida do vulnerado (TACRIM-SP – *JUTACRIM* 22/296).[19]

O pneumotórax e o colapso total de um pulmão bastam para caracterizar o perigo de vida (TACRIM-SP – *JUTACRIM* 15/341).[20]

Se as lesões corporais causam fratura de crânio e obrigam operação cirúrgica, é evidente o perigo de vida, pois para que este ocorra, basta que, ainda que por momento fugaz, a vida tenha sido exposta a perigo (TARJ – *RT* 500/390).[21]

O perigo se situa no campo provável, o qual não se confunde com o possível, que é mais amplo, abrangendo também o improvável. Não se pode dizer que houve perigo de vida realmente ocorrido, se o laudo se colocou no campo do possível, não indicando o órgão atingido, para se saber se houve realmente perigo ou simples possibilidade decorrente da laparotomia exploradora (TACRIM-SP – *JUTACRIM* 18/120).[22]

É sabido que feridas penetrantes no abdome e no tórax, hemorragias abundantes, estados de choque, queimaduras generalizadas, fraturas do crânio e da coluna vertebral, constituem, comumente, perigo de vida. Naturalmente, este pode apresentar-se logo após o ferimento, ou depois de horas ou dias e cessar com ou sem tratamento antes do 30.º dia. Isso não importa. A lei não particulariza. Deixa ao perito a tarefa do esclarecimento (TACRIM-SP – *RT* 438/428).[23]

O perigo de vida deve provir da lesão (ou suas complicações) e não da circunstância que a vítima venha a ser colocada pelo agente. Mas tal perigo não está na dependência da extensão do dano, mas sim na probabilidade de morte certa. Se a vítima é jogada do alto de um edifício e sai ilesa, houve apenas risco; se devido a precipitação ocorresse, por exemplo:

(15) *Idem, ibidem.*
(16) *Idem, ibidem.*
(17) *Idem, ibidem.*
(18) *Idem, ibidem.*
(19) *Idem, ibidem.*
(20) *Idem, ibidem.*
(21) *Idem, ibidem.*
(22) *Idem, ibidem.*
(23) *Idem, ibidem.*

hemorragia aguda, configurado estaria o perigo de vida. O perigo de vida não pode ser desejado pelo agente, pois se o for será tentativa de homicídio.

O estado anterior da vítima (ex: o hemofílico), não pode ser levado em conta para eliminar a figura do perigo de vida. É pois necessário que o perigo exista ou tenha existido e não que poderia ou deveria ter existido.

O perigo de vida é a probabilidade de morte por efeito imediato da lesão ou por conseqüência mais ou menos tardia, porém direta, ou por ação de processo patológico que dela se tenha desenvolvido, segundo Altavilla, *apud* Hungria.[24]

Concluindo, perigo de vida é a probabilidade concreta e presente de êxito letal.[25] É a probabilidade de morte iminente: reconhece-se que a pessoa está por sucumbir. É necessário uma realidade objetiva na qual se fundamente um juízo de probabilidade. O perigo deve ser real, efetivo, concreto, e não remoto ou presumido. Deve ser atual ou já passado.

São características do perigo:

1. atualidade ou já passado;
2. seriedade;
3. realidade.

Não basta a idoneidade da lesão[26] para criar a situação de perigo: é necessário que este perigo realmente tenha se manifestado. Há ferimentos cavitários muito perigosos como aqueles que afetam o peritônio, tórax e meninges: mesmo aqui é necessário que resultem fenômenos (peritonite, sinais e sintomas cardiorrespiratórios, meningite etc.), efetivamente sintomáticos de perigo de vida.

(24) HUNGRIA, *op. cit.*

(25) FRANCO, *et all, op. cit.*, GOMES, H. *Medicina legal*. 25. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982; HUNGRIA, *op. cit.*, PATARO, O. *Medicina legal e prática forense*. São Paulo : Saraiva, 1976.

(26) NORONHA, *op. cit.*

Explicitando melhor, são algumas características do perigo de vida:

1. precisa ser atual ou passado, avaliado por diagnóstico;[27]
2. precisa ser contemporâneo à produção da lesão (*RT* 388/286);[28]
3. efetiva probabilidade de êxito letal (*RT* 389/320);[29]
4. o fato pode ser transitório e fugidio;[30]
5. não precisa ser comprovado via de exame pericial complementar (*RT* 391/343, *RT* 415/266);[31]
6. pode estar superado após 30 dias, contados da data do crime;[32]
7. não pode ser firmado em prognóstico (*RT* 393/370);[33] isto é, não pode ser presumido ou previsto para o futuro;
8. a perícia deve apontar os sintomas verificados[34] *RT* 421/249;
9. o perigo deve ser provável e não possível. (O provável se aproxima da evidência, da certeza; o possível é aquilo que pode ser).[35]

Comumente, determinam perigo de vida (onde o risco de vida é certo):

1. feridas penetrantes no abdômen;

(27) ALVES, *op. cit.*; CARVALHO, H. V.; SEGRE, M.; MEIRA, A. R.; ALMEIDA, M.; SALARU, N. N. R.; MUÑOZ, D. L.; COHEN, C. *Compêndio de Medicina legal*. São Paulo : Saraiva, 1987; FRANCO, et all, *op. cit.*

(28) *Idem, ibidem.*

(29) *Idem, ibidem.*

(30) *Idem, ibidem.*

(31) *Idem, ibidem.*

(32) CARVALHO, *et all, op. cit.*; FÁVERO, *op. cit.*; FRANCO, *et all, op. cit.*; HUNGRIA, *op. cit.*

(33) FRANCO, *et all, op. cit.*

(34) CARVALHO, *et all, op. cit.*; FÁVERO,, *op. cit.*; FRANCO, *et all, op. cit.*; HUNGRIA, *op. cit.*

(35) FRANCO, *et all, op. cit.*; HUNGRIA, *op. cit.*

2. feridas penetrantes no tórax;

3. hemorragias abundantes:

4. estados de choque;

5. queimaduras generalizadas;

6. traumatismo crânio-encefálico com qualquer sinal e/ou sintoma que denote comprometimento do sistema nervoso central;

7. fraturas da coluna vertebral;

8. perfuração do hemitórax (com pneumotórax e estado de choque) (*RT* 438/428);[36]

9. estados de coma;

10. eletrocussão ou fulguração com repercussão cerebral ou cardiorrespiratória, naturalmente, desde que tais conclusões se amparem em elementos concretos, objetivos, corretos e capazes de produzir o alegado perigo: cada situação deve ser analisada, interpretada e dosada pelo perito, porque cada uma delas possui características especiais e particulares.

Dificilmente o legista observa o perigo de vida: geralmente o perito certifica sua existência consultando as *fichas clínicas* dos hospitais onde tais vítimas foram atendidas.

2. Discussão

Esta conseqüência não existia no CPB[37] de 1890, como pode ser verificado no Capítulo V – Das Lesões Corporais – Arts. 303 ao 306.

Vemos aqui a influência da legislação penal italiana, pois nossos legisladores, nela baseando-se, incluíram esta qualificadora como lesão grave no Código Penal atual (1940).[38]

Sem dúvida foi um avanço porque pelo Código anterior, se a lesão determinasse perigo de vida mas não incapacitasse a vítima para "seu serviço ativo por mais de 30 dias" (art. 304 – parágrafo único) seria considerada uma lesão leve (art. 303).

Entretanto, sabemos que perigo de vida é uma expressão cujo significado se presta a muita confusão, a muita controvérsia.

Interessa à Medicina Legal e ao Direito, o perigo de vida atual ou iminente, isto é, a probabilidade concreta, real, atual, presente, segura, de morte certa, isto é, a probabilidade de morte que está para acontecer em breve, imediatamente.

O risco não interessa àquelas duas disciplinas, pois existe em todas as nossas ações e omissões diárias.

Segundo Carrara, *apud* França, "risco de vida é o perigo de perigo".[39]

Diríamos que risco de vida é a presunção, o prognóstico, a suposição, a suspeita de morte: é a possibilidade de morte. Alguns chegam mesmo a dividir o risco de vida em gradações: mínimo, médio e máximo ou pequeno, médio e grande etc.

Lembramos que a possibilidade é de todos e a probabilidade é de alguns.

À Medicina Legal coube esclarecer quais as condições em que estamos diante do perigo de vida e à jurisprudência coube sacramentar estas circunstâncias.

Para a Medicina Legal, o perigo de vida está presente quando a vítima, agora paciente ou periciado, apresenta sinais e sintomas de grande repercussão na vida orgânica, que tornam a vida impossível. A probabilidade de morte certa deve ficar demonstrada.

Em assim sendo, o perigo de vida:

1) é aferido por diagnóstico e não por prognóstico. Diagnóstico é conhecimento, a determinação;

(36) FRANCO, *et all*, *op. cit.*

(37) SOARES, O. M. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.* 7. ed. Rio de Janeiro : Garnier, 1910.

(38) BRASIL. *Código Penal brasileiro.* 29. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

(39) FRANÇA, *op. cit.*

2) deve existir, estar presente ou já ter existido, melhor dizendo, deve ser atual ou já passado;

3) deve provir da lesão (ou das lesões) ou suas complicações e não das condições em que ela, vítima, foi colocada pelo agressor;

4) não importa quando apareceu;

5) não importa quanto tempo durou;

6) não importa se passou com ou sem tratamento;

7) não importa o estado anterior da vítima; aliás, este não pode ser levado em conta para eliminar a agravante *perigo de vida*;

8) não pode ser desejado pelo agente: se o for, será tentativa de homicídio;

9) não é necessário ser comprovado por exame médico pericial complementar.

As declarações dos entrevistados, em sua maioria, mostram que os mesmos têm noção do que é esta figura jurídica; os exemplos são corretos, mas existe uma terrível confusão entre os termos *risco e perigo*, que em todas as entrevistas são usados como sinônimos.

"Perigo de vida é aquela situação que sabemos que as pessoas costumam morrer daquilo. Existem inúmeras situações que determinam perigo de vida. Exemplo: secção de um vaso calibroso.

É uma situação que nós sabemos que vai redundar, muito provavelmente, em morte, se ela não foi adequadamente atendida.

Por exemplo: uma criança que sofreu maus tratos porque teve sua cabeça batida contra a parede e teve hemorragia cerebral. Ela está em perigo de vida.

Diria que risco é mais genérico e o perigo é de alguns" (E. 06).

"Perigo de vida é a mesma história de risco de vida. É o indivíduo que tem uma lesão que atinge algum órgão nobre, mas que não o afetou em definitivo e que pode ser tratado cirúrgica ou clinicamente, de modo a voltar ao seu normal; este indivíduo passou por um perigo de vida.

O perigo para mim é reversível ou não, mas é uma situação grave que inspire cuidados" (E. 01).

"Para mim, entendi como iguais os termos risco e perigo de vida.

Perigo de vida é um estado iminente em que a pessoa pode perder a vida naquele instante. Por exemplo, um trauma de crânio com coma, estamos diante de um perigo de vida" (E. 04).

"Risco é a mesma coisa que perigo, só que risco a gente pode mensurar.

O risco será menor ou maior em uma cirurgia. Na cirurgia avaliamos o risco cirúrgico do paciente levando em conta a idade, a grande destruição dos tecidos, a infecção local, as doenças associadas (diabetes, o safenado), o estado geral etc., que permitem saber e cotejar se aquilo traz ou não maior ou menor possibilidade de morte.

Classifico o risco em mínimo, médio e máximo, levando em conta tudo que falei. Às vezes levando em conta tudo que falei, os fatores que citei, eu diria que não seria um risco, mas sim uma certeza.

Como exemplo de risco devido a uma lesão pessoal, eu cito a compressão do tórax com possibilidade de lesar o mediastino. O paciente pode se recuperar da parte hemodinâmica e depois ter necrose de tecido, como o esôfago, a traquéia etc. É uma lesão grave" (E. 09).

"É um estado grave. Por exemplo, uma facada que lese um grande vaso; um tiro que lese o pulmão.

Não faço distinção entre perigo e risco de vida. Uma pessoa que sangra abundantemente está em risco de vida. Num parto, uma placenta prévia que sangra muito, também configura perigo de vida. Perigo é, para mim, o mesmo que risco" (E. 03).

Entretanto, outras declarações ...

"Perigo de vida é quando uma pessoa sofreu uma lesão e eu fico preocupado em saber se ela vai ter condições de se recuperar.

Eu relaciono o perigo de vida com o estado crítico.

Risco? Risco é ..." (E. 10).

"Perigo de vida é um conceito muito subjetivo. É a situação de cura difícil. É sempre uma lesão grave.

Exemplo: tétano que segue a um ferimento cutâneo" (E. 02).

"Gozado! Perigo de vida! Risco de vida!

É alguma coisa que está pondo em risco a sobrevivência do indivíduo? Risco? Você me faz cada pergunta, que eu vou te contar...

Risco? Não vai!

Eu me confundo com isto na minha cabeça. É difícil" (E. 08).

"Perigo de vida é aquele estado em que está subentendido um risco maior de perda de suas funções orgânicas.

Perigo parece-me ser um grau de menor gravidade e risco é de maior gravidade, mas para mim, as duas coisas são parecidas e você pode usá-las igualmente" (E. 05).

Como temos conosco que perigo de vida é um termo exclusivo, restrito, privativo do Direito Penal e da Medicina Legal, incluímos em nossas entrevistas outros termos de uso corrente na mídia e na prática dos *clínicos*, quando então estes, ao conceituá-los, mostram sua cultura, sua vivência, sua experiência e o real significado do perigo de vida (sempre confundido e usado como sinônimo de risco).

"Urgência é quando tem risco iminente de vida. Por exemplo, uma fratura de costela com comprometimento pulmonar ou vascular. Ou uma fratura exposta, aberta. Você não pode deixar uma fratura exposta, aberta!

Emergência é tudo aquilo que necessita socorro urgente. O risco de vida aqui é mais patente.

Entretanto, para mim, os termos são praticamente sinônimos. Acho que na emergência a pessoa está mais perto da morte que na urgência.

Estado crítico seria a fase terminal.

Estado desesperador, para mim, é sinônimo de estado crítico, pelo menos em relação ao uso do termo, porque estado desesperador não existe na literatura médica. Existe para a mídia. Talvez tenham os termos uma relação factual.

Entretanto, todas estas situações, urgência, emergência, estado crítico, para mim estão imbricadas no quadro do paciente, no quadro do acidentado etc." (E. 05).

"Urgência é, numa agressão, a necessidade que a agredida deva ser atendida o mais breve possível, senão, o prognóstico vai ser modificado. Exemplo: uma fratura exposta.

Emergência é a urgência quantitativamente mais grave. Precisa a vítima ser atendida agora porque ela pode morrer se eu a levar nos braços até outro lado da rua. Exemplos: uma fratura exposta com lesão de grande artéria ou queimadura de 70% da superfície corporal.

Na emergência a pessoa está mais perto, mais necessitada de cuidados médicos efetivos, imediatos, do que na urgência. Não sei se a emergência significa necessariamente que a pessoa esteja mais perto da morte que na urgência.

Estado crítico é aquele que tem relação com a iminência de morte. Supõe um risco de morte iminente, precoce. Por exemplo, um coma hepático.

Para mim, estado desesperador é coisa de leigo. Não sei se dá para comparar com o restante da nomenclatura que estamos

usando. É aquele estado que com toda a razão, o parente chama o paciente que está em estado crítico" (E. 06).

"Urgência é o caso que precisa ser diagnosticado e tratado. Precisa se definir o que está acontecendo.

Em pediatria, é um termo diferente da clínica do adulto. É ver alguma coisa que perturbe a criança: febre, choro, inquietação, uma desidratação de 1.º grau, uma crise convulsiva etc.

Emergência – é quando se tem risco de vida. Se a criança chega à desidratação de 3.º grau, é uma emergência. É aquele estado que se não tratar, morre. As emergências são sempre graves.

Estado crítico – é aquele que você definiu a situação, está tratando da sua emergência, mas necessita de cuidados constantes porque está em perigo de vida. É o caso de uma meningite meningocócica e de uma picada de escorpião: as primeiras 24 horas é uma emergência, mas também é um estado crítico porque corre risco de vida até ter certeza que não vai chocar, que ele está reagindo, que não vai acontecer mais nada de grave.

Estado desesperador para mim é um termo mais leigo. Acho que é o estado crítico em que a pessoa está perto do fim. Ou é o estado crítico que caminha mal, que tem mal prognóstico. Por exemplo, a meningite meningocócica que evolui muito mal. Para mim é um estado muito grave o estado desesperador. É um estado crítico que caminha para o final, com tendência ao final.

No estado crítico você tem esperança da pessoa reagir! Você está lá! No estado desesperador você vê que a pessoa não reage, está indo ..." (E. 04).

"Urgência é um estado em que a gente vai procurar sanar, o mais rápido possível, a queixa da paciente. Cito, como exemplo, uma hemorragia, porque o caso pode chegar até a um choque ou mesmo ao óbito.

Emergência, para mim, seria o atendimento rápido. É quando a paciente chega com um nível de PA muito baixo, anêmica etc. O caso tem que ser resolvido de pronto. A gente tem que largar tudo que possa ser resolvido mais tarde e sanar o problema atual. Emergência é uma coisa extremamente importante.

O estado crítico seria o caso em que, a paciente depois de ser socorrida, teríamos condições de sanar o problema. Aqui a paciente ainda tem jeito.

Estado desesperador, para mim, é quando todas as atitudes médicas aplicadas não conseguiram determinar melhora alguma no quadro clínico da paciente. Aqui, a paciente não tem mais jeito" (E. 10).

"Urgência é toda vez que existe uma agressão e que você pode ter risco imediato para o organismo como um todo. Cito como exemplos, a hemorragia, o TCE, o pneumotórax, uma úlcera perfurada etc., em que você tem que intervir de imediato, de pronto, sem muitas preocupações de entrevistas ou outras coisas. O quadro precisa ser revertido.

Emergência é, aí é a confusão! O que é urgência e o que é emergência? Emergência é o doente que procura aqui o PS, mas nunca uma emergência é uma urgência. Pode ser emergência, para a pessoa, uma dor de cabeça. Aí ela vem ao PS. Outro exemplo é uma dor de barriga. Para ela, a dor de barriga é uma emergência.

A urgência, na minha concepção, é um estado mais grave que a emergência, apesar de que, teoricamente, isto parece ser ao contrário.

Nos livros é diferente: a urgência é possível de ter algum problema de emergência e, esta, é aquilo que está acontecendo rapidamente. Nós, aqui, usamos os termos como eu falei.

Estado crítico é quando existe um risco iminente de morte, como uma perturbação hemodinâmica, um choque. Pode até ser que não vá para a morte direto, mas a morte é um pólo para o qual ele se encaminha.

Estado desesperador é quando você está no fim da picada.

Estes termos são gozados. Quando eu estou com cólica de rim, eu estou em estado desesperador, porque a dor, para mim, é algo muito importante, importante pra burro, embora não me traga risco de vida" (E. 08).

"Urgência é aquilo que você precisa procurar rapidamente um recurso. Ex.: preciso fazer urgentemente um RX de tórax.

Emergência, eu considero quando você precisa ser operado agora, senão você pode ter problemas. Você tem que procurar em prazo curto um recurso. Por exemplo, uma fratura exposta. Estado crítico seria para mim alguma coisa decorrente da emergência ou da urgência. Ou então você tem uma urgência ou uma emergência e você não cumpriu isto, você entra em estado crítico. Você precisa cumprir este troço.

Estado desesperador é um estado crítico à enésima potência. Vejo assim como um sujeito que teve um estado grave e está na orfandade de pai e mãe. Eu não sei isto. Você deve saber melhor. Acho que o estado desesperador seria o estado fortemente crítico" (E. 07).

"Urgência é aquela que não deve ser adiada por muito tempo. Exemplo: bateu o braço! A pessoa tem urgência em ver isto. Se, desta batida no braço, ocorre o rompimento de um vaso, uma hemorragia externa, temos uma emergência. Emergência porque significa um perigo imediato, as coisas se modificam. As condições de saúde, de homeostase, se modificam, rapidamente, se não for solucionado o problema.

Estado crítico é outra classificação que deveria ser eliminada, porque o que é emergência já é um estado crítico.

Deveria ser eliminada tal expressão.

Na realidade, o estado crítico é aquele em que a pessoa está em perigo de vida, mas veja, o estado pode estar crítico agora e não estar crítico depois.

Estado desesperador é coisa de jornal e depende do sensacionalismo. É aquele em que o risco de morte é grande. Cito o exemplo em que alguém vai operar um ferimento de tórax e vou dizer que o estado é desesperador, porque o risco cirúrgico é grande.

Pode ser desesperador, porque não há na rede pública condições de assistir ao paciente.

É aquela histórica. Antes era venda, depois armazém, depois mercado, depois supermercado, depois hipermercado. Não é bem isso. Isto até contribui para que o leigo, os advogados que vivem disto e mesmo os juízes, hoje, na maioria constituída de uma geração mal preparada, que são uma arma ... Acho que ser juiz hoje é ser pior que qualquer outra ...

É uma arma. Eles são mais perigosos atualmente e pode até deixar gravado porque não tenho medo disto, porque eles têm baixo preparo, uma maturidade ainda pequena e eles decidem todas as coisas. Eles decidem a vida de qualquer cidadão.

Ver sangue para eles é um drama. Pode até ser perda menstrual, mas é um drama, uma tragédia total.

Acho que tem um pouco de latinidade nisto, neste estado desesperador. Assim sendo, estado crítico é o estado que tem uma gravidade e o desesperador estaria acima. Acho que essas coisas deveriam ser banidas" (E. 09).

"Urgência e emergência quase são sinônimos para mim, porque não consigo separá-las. Você pode ter um caso que é

urgente mas ele tem emergência ao mesmo tempo. Por exemplo, uma paciente que sangra abundantemente: ela tem urgência e emergência.

Estado crítico é quando a pessoa, na nossa especialidade, provoca um aborto e está com infecção avançadíssima, quase entrando em estado de sepsis.

Estado desesperador, do ponto de vista médico, seria uma pessoa que estaria à beira da morte. Já teria ultrapassado o estado crítico. Você teria poucas chances, mas ainda teria chances, recorrendo a tratamentos muito especializados, de última geração, ultra-especializados, que lhe condissessem de uma maneira satisfatória.

Por exemplo, cito uma colega com insuficiência renal crônica, sob diálise peritonial, que fez infecção no cateter, peritonismo, teve que fazer hemodiálise constante, teve alterações metabólicas importantes, teve lesões neurológicas (AVC), insuficiência cardíaca, teve uma trombose na fístula artério-venosa que teve que ser recanalisada. Atualmente, está bem, está saindo ... Está sob hemodiálise, sob fisioterapia, está melhorando o estado neurológico. Para mim era um caso desesperador porque a gente via que não tinha muitas chances" (E. 03).

"Considero urgência, alguma medida que tem que ser executada pelo médico e que se não for feita dentro de certo prazo, coloca em risco a vida do indivíduo. Por exemplo, conter o sangramento devido à secção de uma artéria.

Emergência para mim é uma situação ainda mais grave, mais acentuada, mais crítica, mais avançada. O paciente já entrou em risco. Por exemplo, o estado de choque devido a hemorragia. A urgência e a emergência pressupõem que algum ato médico deva ser feito.

Estado crítico é algum estado em relação a um parâmetro de referência. Pode ser crítico em relação ao estado de saúde normal, crítico porque está próximo de morrer ou porque está em risco de vida. Tenho muita dificuldade em estabelecer estas diferenças conceituais. Cito, como exemplo, a pessoa que perdeu tanto sangue que o choque é irreversível.

Poderia dizer que o estado crítico é aquele que a pessoa está correndo risco de vida, mas não significa, não necessariamente, uma emergência.

O estado crítico é aquele em que a pessoa está em risco de vida, mas não há necessidade de algum ato que precise ser executado em pouquíssimo tempo. Todos os atos necessários para a manutenção da vida podem ter sido feitos e a pessoa se encontra num estado de não ter mais nada o que fazer, mas continua crítico seu estado. Ele está sendo mantido em condições críticas, nada mais pode segurar, e têm um êxito ruim.

Acho que o estado desesperador é um estado ainda mais avançado que o estado crítico. Seria um último grau. Seria o último estado crítico.

O estado crítico e desesperador podem estar associados, simultaneamente, com o estado de urgência e emergência, mas para mim, no estado crítico e desesperador, aquilo que devia ser feito, já foi feito, entretanto, continua ainda muito tênue, muito indefinido se a pessoa vai se recuperar, que, por motivos incontroláveis à atitude ou medidas médicas, pode acontecer o êxito letal.

No exemplo citado, a pessoa que perdeu muito sangue e entrou em choque irreversível, considero o estado como crítico – desesperador.

Considero a urgência como lesão leve, emergência como lesão grave e o estado crítico seria um estado mais grave ainda. Seria uma gradação" (E. 02).

"Para mim, urgência é todo doente que tem comprometimento do estado

funcional que se não tratado passa à emergência.

As funções vitais estão comprometidas mas há razoáveis perspectivas de reversibilidade. Ex.: infarto agudo do miocárdio sem choque circulatório.

Emergência é todo aquele estado que ou trata ou morre. Cito como exemplo o infarto agudo do miocárdio com choque circulatório; pneumectomizado idoso com insuficiência respiratória intensa e dependente de respirador mecânico. Assim há intenso comprometimento das funções vitais com poucas possibilidades de reversibilidade.

Estado crítico é o doente traumatizado ou acometido de doença eletiva, tem seus órgãos principais acometidos e que se não tratado vai ao que chamamos de falência de múltiplos órgãos ou situações mais graves como o estado de choque. Seria o que se chama atualmente de estado desesperador.

Seriam aquelas patologias congênitas ou adquiridas como repercussões regional e sistêmica pronunciadas não-responsivas às terapêuticas clínica, cirúrgica ou combinadas atualmente disponíveis.

Exemplo: falência de múltiplos órgãos no choque séptico, cardiopatia congênita como hipertensão pulmonar maior que a sistêmica; infarto agudo do miocárdio com choque circulatório apesar de circulação assistida, com arritmia e inconsciência.

Exemplificando: um indivíduo com febre é para mim uma urgência, se a febre levou a uma convulsão, já é uma emergência; se há febre, convulsão e edema cerebral com arrolhamento de amígdalas é estado crítico" (E. 01).

Como se vê, os conceitos de urgência, emergência, estado crítico e estado desesperador emitidos pelos *clínicos* são todos muito semelhantes. Vê-se também que a emergência, o estado crítico e o desesperador significam o mesmo que perigo de vida.

Segundo Manzini,[40] o Código Penal não é manual de patologia e o legislador deve evitar, nos códigos, o uso de expressões cujos significados não são pacíficos. Concordamos e completamos: não é ele, também, nem um dicionário médico nem dicionário da língua.

Mas cremos não ser de bom tom aconselhar a mudança da expressão *perigo de vida* por qualquer outra que signifique a mesmíssima situação, como emergência, probabilidade de morte certa, estado crítico, estado desesperador, pois trata-se:

a) de expressão enraizada no linguajar jurídico e médico-legal;

b) a mudança de lei ordinária requer procedimento legislativo especial (e sabemos, isto não dá voto; há de ser mantido o *statu quo*).

Resta-nos a alternativa de, em nossas aulas ministradas a estudantes de Medicina e Direito, explicitar bem o termo perigo de vida e os seus similares, que evitarão, sem dúvida, as cotas desnecessárias do judiciário e os atrasos processuais, tão prejudiciais aos pólos.

3. Conclusão

1. A interpretação do que vem a ser *perigo de vida* feita por seis docentes, em nada difere da conceituação médico-legal. Um deles foi muito explícito (E. 06).

O mesmo número de entrevistados usa *perigo* como sinônimo de *risco*. Os exemplos dados são muito bons.

Entretanto, os outros quatro docentes não conceituaram perigo de vida nem

(40) MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*. Torino : Torinese, 1964, v. 8, p. 1-280.

fizeram a sua diferenciação com o "risco de vida" (E. 02, 05, 08 e 10).

2. Os conceitos de *urgência, emergência, estado crítico e estado desesperador,* contidos em todas as declarações, são muito semelhantes, e os três últimos termos significam o mesmo que *perigo de vida*, numa escala progressiva de piora do quadro clínico, sendo a urgência o risco de grau máximo. Para quatro dos entrevistados, a expressão *estado desesperador é coisa de leigo ou da mídia* (E. 04, 05, 06 e 09).

4. Bibliografia

ALVES, E.S. *Medicina Legal e deontologia.* Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1966.

BRASIL. Leis etc. *Código Penal brasileiro.* 29.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO, H.V.; SEGRE, M.; MEIRA, A.R.; ALMEIDA, M.; SALARU, N.N.R.; MUÑOZ, D.R.; COHEN, C. *Compêndio de Medicina Legal.* São Paulo: Saraiva, 1987.

DELMANTO, C. *Código Penal comentado.* São Paulo: Freitas Bastos, 1968, p. 194-221.

FÁVERO, F. *Medicina Legal.* 11.ed. São Paulo: Martins; Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal.* São Paulo: José Bashatsky, 1976.

FRANÇA, G.V. *Medicina Legal.* 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1985.

FRANCO, A.S.; FRANCO, C.S.; SILVA JR., J.; BETANHO, L.C.; ALMEIDA, N.M.; STOCO, R.; FELTRIN, S.O.; GUASTINI, V.C.R.; NINNO, W. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 2.ed. São Paulo: RT, 1987. p. 529-53.

GOMES NETO, F.A. *Código Penal brasileiro comentado.* São Paulo: Brasiliense, 1989. v. 2.

GOMES, H. *Medicina Legal.* 25.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo: Forense, 1955, v. 5-6.

MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano.* Torino: Torinese, 1964. v. 8, p. 1-280.

NORONHA, E.M. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

PATARO, O. *medicina Legal e prática forense.* São Paulo: Saraiva, 1976.

SALLES Jr., R.A. *Lesões corporais.* 2.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1985.

SILVEIRA, E.C. *Direito Penal – crimes contra a pessoa.* São Paulo: RT, 1973.

SOARES, O.M. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.* 7.ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1910.

5 – POLÍCIA E DIREITO

A CRIMINALIDADE DA POLÍCIA

CARLOS MAGNO NAZARETH CERQUEIRA

SUMÁRIO: 1. Quadro dos crimes funcionais: 1.1 Crimes contra a pessoa: 1.1.1 Contra a população; 1.1.2 Contra pessoas que cometem crimes; 1.2 Crimes contra o patrimônio: 1.2.1 Contra a população; 1.2.2 Contra pessoas que cometem crimes; 1.3 Crimes contra os costumes; 1.4 Crimes contra a Administração Pública: 1.4.1 Contra a população; 1.4.2 Contra pessoas que cometem crimes; 1.5 Crimes contra a administração da justiça: 1.5.1 Contra a população; 1.5.2 Contra os criminosos – 2. Os crimes não-funcionais – 3. Os programas de redução da criminalidade policial.

Os abusos policiais ocorridos em Diadema e Cidade de Deus chamaram a atenção de um segmento da população brasileira para um fato bastante comum, mas pouco analisado, no cenário brasileiro, que é o da criminalidade policial.

Este fenômeno bastante conhecido, por um outro segmento da população brasileira, normalmente vítima preferencial dessa criminalidade, ganha destaque no cenário nacional, através da mídia. Sem querer discutir os objetivos dessa mídia, creio que não podemos perder a oportunidade de enfrentar este problema com a profundidade e a maturidade que ele exige.

Normalmente quando o caso é discutido somente no âmbito da audiência da mídia, o problema se sujeita às exigências impostas por ela; o caso acaba sempre retratado com os matizes sensacionalistas, com os apelos emocionais e acusatórios que terminam, quase sempre, quando o fato em si já não reclama mais audiência.

Normalmente o fato serve para acusar os policiais criminosos e criticar as autoridades; uns acusados porque cometeram crimes e outros criticados porque não evitaram que os policiais se transformassem em criminosos ou agissem como tal.

Ao longo da minha vida profissional, como policial militar, interessei-me por este fenômeno organizacional. A corrupção e a violência policial foram temas constantes da minha reflexão profissional. Nas diversas vezes que atuei como administrador de unidades policiais pude compreender as dificuldades que existem para gerenciar tais problemas. O quadro se complica quando, ao lado desse problema (criminalidade policial), tem-se o outro que é a criminalidade da população. Os dois fenômenos se relacionam de forma tão forte que creio poder afirmar que um se alimenta do outro.

Meu entendimento tem sido sempre o da necessidade de enfrentamento das duas situações com a mesma preocupação; há quem entenda que o esforço maior deva recair no enfrentamento da criminalidade da população e que se deva tentar cooptar determinados policiais criminosos. Lembro-me de um companheiro que me dizia que era necessário contarmos com esses policiais (que ele chamava de *feras*) para combater as outras feras criminosas. In-

felizmente há muitos adeptos dessa tese no seio da sociedade.

A criminalidade policial é um fenômeno criminal universal, mas muito mais grave na situação brasileira, pelo estímulo e incentivo que é dado por parte das nossas elites ao uso da violência arbitrária para combater o crime e controlar a população pobre. Este estímulo tem fomentado e incentivado a criminalidade policial e dificultado bastante o seu controle, tamanho é o nível da tolerância social.

Diadema e Cidade de Deus não são novidades para os policiais e para muitas das suas vítimas. São práticas bastante antigas e rotineiras, os tradicionais castigos policiais, que convivem harmoniosamente com os padrões de civilidade da população brasileira. Para nossa atualização, o *Jornal do Brasil*,[1] em reportagem recente, descreve o tratamento policial dispensado aos jovens da classe média que freqüentam os bailes *funk* nas favelas cariocas. Acusações de extorsão, brutalidades, violência sexual e outras aparecem na reportagem como freqüentes.

As explicações e sugestões aparecidas na mídia como conseqüência de Diadema e Cidade de Deus me estimularam a voltar novamente a este assunto, procurando colaborar com aqueles que estão realmente interessados no equacionamento deste problema.

Preliminarmente quero apresentar um quadro detalhado da criminalidade policial; quero que fique bem claro, quanto possível, a amplitude das violações e os seus níveis de gravidade. Este quadro resulta de dados colhidos de uma série de reclamações e acusações que geraram procedimentos administrativos, de relatos de informantes da polícia e de outros divulgados pela mídia.[2]

Divido a criminalidade policial em dois grupos: crimes contra a população e crimes contra os que cometem crimes. Entendo, neste artigo, como população o segmento constituído de pessoas que não estão acusadas de cometimento de crimes, as pessoas normalmente consideradas como cumpridoras dos seus deveres, e aquelas outras consideradas pela polícia como suspeitas.

Distingo duas espécies dessa criminalidade: as dos crimes cometidos na atividade policial, que chamo de crimes funcionais, e os crimes que não dependem dessa atividade, os não-funcionais. Vejamos o quadro.

1. Quadro dos crimes funcionais

1.1 Crimes contra a pessoa

- homicídio (121) – para assegurar impunidade;
- lesões corporais (129);
- ameaça (147);
- violação de domicílio (150);
- violação de correspondência e comunicação telefônica (151);
- divulgação de segredo (153).

1.1.1 Contra a população

São mais comuns os seguintes crimes:

- homicídios – normalmente para assegurar a impunidade do próprio policial criminoso; é a chamada queima de arquivo; normalmente vitimizam testemunhas de crimes. O nível de tolerância para estes crimes dentro da organização é baixo;

(1) VENTURA, Mauro. Um alvo fácil para a extorsão. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 04.05.1997. Caderno Cidade, p. 24.

(2) Referem-se, os dados colhidos, aos crimes praticados no Rio de Janeiro pelas suas polícias estaduais. São bastante reveladores desta grave situação os relatos do X-9 Ivan

- lesões corporais [3] – ocorrem com freqüência nas operações policiais de rua com a finalidade de obtenção de informações ou para aplicação dos castigos policiais. A tolerância é grande em amplos setores da sociedade e da organização policial;
- ameaça – bastante comum para atemorizar as vítimas e testemunhas da brutalidade policial. Nível de tolerância variando segundo o tipo de crime e o *status* da vítima;
- violação de domicílio – bastante comum nas operações policiais na áreas mais pobres da cidade. É tolerado pela sociedade e pela polícia.

1.1.2 Contra pessoas que cometem crimes

São mais comuns os seguintes crimes:

- homicídios – para assegurar impunidade ou para eliminar criminosos. Bastante tolerado e incentivado pela sociedade e pelos policiais;
- lesões corporais – para obtenção de informações ou como castigo. Também bastante aceitável no meio policial;
- ameaças – forma freqüente de imposição de respeito e da autoridade policial. Bastante tolerada;
- violação de domicílio, correspondência e comunicação telefônica – são freqüentes e toleradas no meio policial para obtenção de provas contra os criminosos.

Observa-se que não difere muito o tratamento que a polícia dispensa aos criminosos e à população, mormente quando ela é pobre, negra e favelada. Hoje, pelo fato de os jovens da classe média freqüentarem mais as favelas, está se tornando mais comum a vitimização desse segmento.

Não resta, no entanto, dúvida de que, com relação à espécie de crime aqui analisado, a vitimização mais grave ocorre contra a população pobre. O caso de Vigário Geral complica o quadro, com uma situação nova, no meu entendimento, que é o do homicídio por vingança. Quero registrar o agravamento da situação com o tráfico de drogas nas áreas faveladas, facilitando o reforçamento da visão policial de que o favelado, o negro e o pobre, quando não traficam, são cúmplices dos traficantes por não aceitarem colaborar com a polícia; acabam tendo o mesmo tratamento.

É muito difícil o controle e a punição desses crimes. Normalmente os policiais mais ativos, os identificados como os grandes combatentes do crime, são os que mais violam esses preceitos legais: são os policiais *durões*, *enérgicos*.

1.2 Crimes contra o patrimônio

- furto (155);
- roubo (157) – com violência e ameaça;
- extorsão (158) – constranger com violência e ameaça;
- extorsão mediante seqüestro (159);
- dano (163) – destruir, inutilizar coisa alheia;
- apropriação indébita (168) – ficar com coisa que está sob sua guarda.

1.2.1 Contra a população

São os mais comuns:

- extorsão – é comum em operações de trânsito. Não é tolerado;
- dano – acontece em operações nas

Custódio Mesquita, preso no Rio durante as investigações dos crimes de Vigário Geral.

(3) Esta situação está hoje enquadrada na Lei 9.455 que define os crimes de tortura.

áreas faveladas em decorrência de invasões de domicílios ou como imposição de castigo. A tolerância depende da situação da vítima;

- apropriação indébita – também comum em situações de guarda de local de acidentes ou de crimes ou nas operações em favelas. Prática normalmente não tolerada.

1.2.2 Contra pessoas que cometem crimes

São os mais comuns:

- extorsão e extorsão mediante seqüestro – comum contra os traficantes de drogas; não é tolerado;
- roubo – comum apropriar-se de dinheiro e objetos pessoais dos criminosos. Não é tolerado;
- dano – destruição ou inutilização de objetos de criminosos; acontece; não é muito tolerado;
- apropriação indébita – comum nas apreensões de armas, de carga roubada e drogas. É bastante tolerada no caso das armas; nos outros, o nível de tolerância é baixo.

Nesta espécie de crimes é mais grave a ação contra os criminosos. A população mais vitimizada é a da classe média, particularmente, no crime de extorsão. A ação dos policiais que são distinguidos pela sua atividade, na luta conta o crime, também é bastante destacada, embora se deva registrar o caso de muitos policiais que admitem que devam matar criminosos, mas não roubá-los. É difícil o controle e a punição dos policiais.

1.3 Crimes contra os costumes

- atentado violento ao pudor (214) – constranger mediante ameaça para fins libidinosos;
- estupro (213);
- corrupção de menores (218); praticar atos libidinosos com menores.

Estes crimes ocorrem normalmente em áreas faveladas em determinadas operações contra o tráfico de entorpecentes. As vítimas costumam ser, normalmente , as mulheres de traficantes. Tem-se notícia de ocorrência também com jovens que usam drogas ou que se prostituem.

1.4. Crimes contra a Administração Pública

- corrupção passiva (317);
- prevaricação (319) – retardar ou deixar de praticar ato de ofício;
- condescendência criminosa (320) – não responsabilizar funcionário que cometeu infração no exercício do cargo;
- violência arbitrária (322);
- violação de sigilo funcional (325).

1.4.1 Contra a população

São mais comuns:

- corrupção passiva – normalmente nas atividades de trânsito. Há grande tolerância na sociedade e nos meios policiais justificados pelos baixos salários dos policiais;
- violência arbitrária – bastante comum nas operações policiais de rua. Nível de tolerância bastante elevado na sociedade e na polícia.

1.4.2 Contra pessoas que cometem crimes

- corrupção passiva – normalmente nos pequenos delitos cometidos pela classe média. Há grande tolerância na sociedade e nos meios policiais (especialmente policiais judiciários) justificados pelos seus baixos salários;
- violência arbitrária – bastante comum nas operações policiais de

rua. Nível de tolerância bastante elevado na sociedade e na polícia;

- prevaricação – freqüente nos casos de pequenas infrações; certa tolerância para determinados tipos de crimes e de criminosos;
- condescendência criminosa – a responsabilização de policial infrator varia em função do nível de tolerância social e organizacional.

Esta espécie de criminalidade é bastante freqüente e bastante tolerada pela população. Normalmente serve para livrar de processos criminais muitas pessoas que cometem pequenos delitos.

1.5 Crimes contra a administração da justiça

São os mais comuns:

- falso testemunho ou falsa perícia (342);
- coação no curso do processo (344);
- exercício arbitrário das próprias razões (345) – justiça pelas próprias mãos;
- favorecimento pessoal (348) – auxiliar autor de crime a evadir-se;
- favorecimento real (349) – auxiliar criminoso a tornar seguro o proveito do crime;
- exercício arbitrário ou abuso do poder (350) – prender sem formalidade legal;
- promover ou facilitar fuga (351).

1.5.1 Contra a população

Não é comum esses crimes serem cometidos contra a população.

1.5.2 Contra os criminosos

São mais comuns:

- falso testemunho ou falsa perícia – para garantir a impunidade de crimes cometidos por policiais ou para incriminar outros criminosos; a tolerância depende do tipo de criminoso;
- coação no curso do processo – para proteger ações criminosas de policiais. Pouco tolerado;
- exercício arbitrário das próprias razões – justiça pelas próprias mãos. Tolerado contra determinados criminosos;
- exercício arbitrário ou abuso de poder – prisão sem formalidades legais. Bastante freqüente nas práticas policiais. É tolerado para acelerar determinadas investigações criminais.

Estes crimes normalmente são cometidos por policiais para auxiliarem ou protegerem companheiros ou pessoas que cometeram crimes com fins diversos. Os níveis de tolerância social ou no âmbito das polícias dependerão dos diferentes tipos de situações e do *status* das pessoas envolvidas.

Descrevi com bastante simplicidade os dados referentes ao quadro do que chamei de criminalidade funcional, isto é, crimes cometidos pelos policiais na sua atividade profissional ou em função dela. É um elenco variado de violações que compõem um quadro grave de criminalidade bastante tolerada socialmente. O fato de se justificarem as violências contra os criminosos propiciam as condições para o fomento de outros crimes mais graves e hediondos.

2. Os crimes não-funcionais

São os crimes praticados por policiais fora da sua atividade profissional; nestes crimes eles agem como criminosos comuns, isoladamente ou associados a outros criminosos. Normalmente não há tolerância para tais crimes. São os seguintes os mais comuns: homicídios,

furtos, roubos, seqüestros, receptação, contrabando de armas, tráfico de entorpecentes e outros não registrados.

É também uma situação bastante grave. Muitas vezes o policial comete um crime, que poderia ser considerado não-funcional, aproveitando-se da sua situação profissional.[4] Foi um outro grande problema que tivemos que enfrentar na administração policial.

3. Os programas de redução da criminalidade policial

Comento agora uma série de medidas que desenvolvemos com o objetivo de equacionar esse fenômeno criminal no âmbito da corporação policial militar. A primeira providência foi a de admitir a existência do problema e a de criar um programa específico para a redução da violência e da corrupção policial. Quis o destino que o oficial por nós escolhido para desenvolver o programa fosse morto por um outro policial. O Major Sérgio, ao interpelar um policial que maltratava um homossexual na Cinelândia, apesar de identificado como oficial, foi morto pelo soldado. Nada pior do que o destino inexorável para mostrar-nos, com a dor da perda de um belíssimo companheiro, a gravidade do quadro que escolhêramos para enfrentar. Era uma amostra do que viria a ocorrer em Candelária e Vigário Geral.

Muitas vezes eu me perguntava sobre o que estava acontecendo com a minha polícia e com os policiais. Qual era a explicação para aquele nível de brutalidade e insensibilidade? As condições de trabalho? O treinamento? O recrutamento e a seleção? Estávamos recrutando psicopatas ou criminosos para a polícia? Onde nós estávamos errando? Todas essas perguntas foram formuladas aos policiais como um convite para uma ampla e grande reflexão a respeito desses problemas e das nossas providências para resolvê-los.

Quando as explicações apontavam para os aspectos das variáveis individuais, as soluções logo visavam a providências na área da seleção e do treinamento; quando se discutiam os aspectos do controle do pessoal, as soluções apontavam para a gestão administrativa e vinham logo as sugestões para melhoria da supervisão e maior rigor nas punições. Outro elenco de explicações provinha daqueles que viam nas condições adversas do trabalho policial os elementos condicionadores desses problemas. Os estudos já realizados em algumas polícias sobre o impacto negativo do estresse no comportamento do policial indicavam algumas medidas nessa área.

Uma explicação que me agradava muito era a que defendia a primazia dos fatores sociais para explicação da agressão; já existiam alguns estudos na área da psicologia sobre a violência policial [5] que podiam ser aproveitados.

Resolvi não desprezar nenhuma das explicações e procurei verificar onde estávamos falhando. Checamos o recrutamento, a seleção, o treinamento e a atividade policial, procurando ver em cada uma dessas áreas as providências que podiam ser tomadas.

Determinei que fosse realizada uma pesquisa interna para verificar o perfil dos policiais expulsos da corporação, para checar a área do recrutamento e da seleção. A pesquisa abrangeu o período de 1987 a parte do ano de 1992; o quadro da exclusão era o seguinte:

- roubo e furto em geral: 239
- roubo e furto de auto : 109

(4) Ver jornal *O Globo*, notícia envolvendo a prisão de policiais civis que conduziam, no porta-malas da viatura policial, maconha e cocaína. 03.05.1997, p. 18.

(5) Ver artigo do Prof. Paulo Rogério M. Menandro publicado na revista *Encontro com a Civilização Brasileira*, n. 11, p. 141-150.

- extorsão: 126
- homicídios: 88
- tóxicos: 47
- grupo de extermínio: 33
- seqüestros: 35
- corrupção: 11
- mau comportamento: 630

Não disponho hoje dos detalhes da pesquisa, mas lembro-me que não mostraram que houvesse grandes erros na área do recrutamento e da seleção; mesmo assim, pôde-se verificar a utilidade de algumas alterações determinadas por algumas necessidades administrativas.

Na área do controle disciplinar tomaram-se algumas medidas importantes que foram as seguintes:

- criação da Corregedoria-Geral da Polícia Militar com a incorporação do Serviço de Justiça e Disciplina (SJD), do Núcleo de Criminalística e da 1.ª Delegacia de Polícia Judiciária Militar. O objetivo foi dar mais destaque na hierarquia organizacional ao órgão disciplinar;
- articulação da SJD com a Promotoria de Justiça Militar; visava oferecer melhor oportunidade ao Ministério Público para acompanhar os feitos disciplinares da organização;
- criação de uma Coordenação Especial de Disciplina para apuração detalhada de todos os casos pendentes de desvios de conduta dos policiais militares; a idéia era checar todos os policiais sobre os quais pairassem dúvidas quanto à sua conduta;
- criação de normas para o comportamento ético do policial que serviriam para orientar o acompanhamento do homem nas suas atividades internas e externas.

Na área disciplinar procurou-se com essas medidas atender aos aspectos punitivos dos desvios de conduta, na tentativa de controlar uma situação bastante agravada. Essas medidas são úteis naqueles crimes não-funcionais onde a tolerância é zero; mas complicadas nos casos dos crimes funcionais onde há maior tolerância.

A área que sempre me pareceu mais problemática e que necessitava de mais atenção era a do policiamento; é na atividade policial que o homem tem todas as oportunidades para errar; é aí que se criam as condições objetivas para moldar ou transformar o policial. Pretendo aproveitar alguns estudos da psicologia social e da criminologia para explicar como os fatores sociais exercem uma influência de forma bastante significativa, anulando muitas vezes os aspectos individuais da personalidade. É importante este entendimento que pode mostrar que não é tão fácil o controle da criminalidade policial quanto possa parecer.

As explicações psicológicas para o comportamento criminoso têm se situado nas seguintes abordagens: uma, que tem colocado a ênfase nas falhas do processo de socialização, e uma outra, muito pouco analisada, que sugere que os comportamentos criminosos resultam de um processo de aprendizagem.[6] Sempre me pareceu ter a segunda abordagem um maior potencial explicatório para a situação da criminalidade policial.

A teoria da associação diferencial, apresentada por Sutherland e Cressey, trabalha com o modelo da aprendizagem para delinqüir apresentada nos estudos de Feldman. Embora o meu objetivo não seja o de discutir teses criminológicas, creio que adentrarmos um pouco neste assunto nos ajudará a entender como eu vinha administrando este problema.

(6) FELDMAN, Philip M. *Comportamento criminoso, uma análise psicológica.* São Paulo : Zahar, 1979. p. 60.

Pavarini, comentando essa teoria, diz que ela representa um salto qualitativo em relação ao modelo explicativo do pensamento positivista na criminologia. A criminalidade não é um processo decorrente de patologias individuais ou sociais, mas um processo de aprendizagem individual que se dá através da transmissão social de uma cultura criminal. Para esta teoria, as pessoas se tornam criminosas quando as definições favoráveis ao crime, à violação da lei prevalecem sobre as desfavoráveis.[7]

Não tenho dúvida de que os policiais de Diadema foram submetidos a um número maior de sugestões que justificam o abuso do poder para o controle do crime e da população pobre suspeita, do que sugestões para o respeito à lei. Creio que não é equivocado pensar neste modelo explicativo para entender a criminalidade policial.

Outra explicação de Pavarini interessante para a nossa compreensão é a de que a tese de Sutherland se ajusta à hipótese da sociedade plural que não é orgânica, consensual, que se encontra pulverizada em organizações sociais diferenciadas, cada uma com sua própria hierarquia de valores, com seu código normativo, cada uma em potencial conflito com as outras.[8] Não vejo dificuldade em aceitar a idéia de que este modelo plural se realiza e se reproduz nas próprias organizações sociais de trabalho. É nítida a divisão de grupos informais disputando posições e poderes na organização policial, representando, muitas vezes, crenças e valores de determinados grupos da sociedade.

Outra explicação de Pavarini, que me parece bastante oportuna, é sobre o caráter da criminalidade organizada explicada pelo modelo da associação diferencial. Considerando o homem como prisioneiro do ambiente, o interesse se afasta da ação criminal do tipo desviado ou patológico para o comportamento criminal, agora entendido como conduta própria de quem desempenha determinadas funções dentro de específicas organizações.[9]

Quando mostrei o quadro dos crimes funcionais estava querendo chamar a atenção para o aspecto organizado da atuação; vejam as imagens de Diadema e de Cidade de Deus. Isto é sumamente importante. Descarta a ênfase de falhas do processo de recrutamento/seleção ou no aspecto do controle disciplinar. Por mais hediondos que sejam os crimes, não se pode pensar que aqueles que os cometem sejam monstros ou animais. São pessoas normais; passariam em qualquer processo seletivo. A situação é bem mais complexa do que inicialmente se pensa e deve ser administrada levando em consideração todos esses aspectos.

Saindo das observações de Pavarini, sobre o aspecto organizacional enfatizado pela abordagem da aprendizagem para delinqüir, passemos às de Lopez-Rey [10] quando examina o abuso do poder. Para reforçar as nossas preocupações iniciais sobre a gravidade da criminalidade policial, diz ele que hoje o abuso do poder é o mais importante fator de condicionamento da criminalidade da população.

Afirma que neste crime (abuso do poder) o agente principal são as organizações governamentais, financeiras e revolucionárias. Chama a atenção para o papel secundário desempenhado pelo indivíduo, que agora, na chamada sociedade pós-industrial, se acha mais subordinado à dominação institucional e

(7) PAVARINI, Massimo. *Control y dominación, teorias criminológicas burguesas y projecto hegemónico.* Siglo Veintiuno Editores, 1983. p. 121.

(8) Idem, ibidem.

(9) Idem, ibidem, p. 123.

(10) LOPEZ-REY ARROYO, Manuel. *Introducción a la Criminologia.* Madrid, 1981, p. 120.

operacional. Diz ele que a tortura, a brutalidade policial, o tratamento desumano, a detenção ilegal se acham institucionalizados em muitos países. Será equivocado pensar-se que é o caso brasileiro?

Se o problema da criminalidade policial deve ser tratado como um problema institucional (é o que eu penso), é preciso fazer-se um esclarecimento para ficar bem clara a minha posição. No quadro da criminalidade policial registrei todos os casos prováveis; procurei distinguir as situações que não são toleradas pela organização (não são institucionais) e as que são toleradas (as institucionais). Fica claro que a organização não aceita a maioria dos crimes funcionais; os que não são tolerados se submetem mais facilmente ao controle disciplinar e podem ser mais facilmente detectados e punidos.

A tese que defendo é de que a criminalidade institucional é mantida pela tolerância e incentivo da sociedade que aceita o emprego de métodos violentos e ilegais para combater o crime e controlar a população pobre e favelada. Mais ainda, o que me parece mais grave, é que essa criminalidade é forte condicionadora da criminalidade não-institucional. É preciso enfatizar estes aspectos, sob pena de se administrar o problema pelo lado mais simples, que é o do controle disciplinar.

Os policiais da Cidade de Deus e de Diadema, hoje aviltados e condenados, certamente ontem eram os bravos, duros e enérgicos defensores da sociedade na luta contra o crime, certamente empregando as mesmas práticas que a televisão colocou na tela nacional. E agora? Alguém tem que ser punido? Será que as explicações psicanalíticas do bode expiatório ou da sociedade punitiva [11] não se enquadram nesta situação?

[11] PAVARINI, Massimo. *Op. cit.*, p. 105.

Depois dessas explicações posso voltar a falar das outras providências tomadas na área do treinamento e do controle da atividade policial. Não falo dessas providências como relatório de prestação de contas de fim de governo, mas para mostrar como os diferentes aspectos organizacionais foram administrados em seu alcance e suas limitações. Creio que pode ajudar as pessoas que se interessarem por esse tema a refletir de uma forma mais orientada e esclarecida sobre a natureza e a gravidade desse fenômeno criminal.

Administrei esse problema tendo consciência da sua repercussão na criminalidade em geral; é preciso controlar a criminalidade da população sem descuidar do controle da criminalidade policial. Sabia também que o problema exigia mudanças na cultura organizacional. Punições, controle disciplinar, forte supervisão e outras soluções dessa natureza serviam, quando muito, para enfrentar os crimes não-institucionalizados, mas de pouco valor para os outros. Entendia que essas providências deviam estar articuladas a um projeto maior de desenvolvimento organizacional. Entendia que a polícia precisava mudar; mas sabia também que era necessário que ela (a polícia) entendesse também que precisava mudar. Esta é a grande questão.

Registro alguns projetos e ações administrativas desenvolvidas no Comando da PM no período 1991/1994. Para deixar claros os valores com os quais a instituição se comprometia no seu trabalho de prevenção e repressão do crime, proporcionei a:

- adoção do Código de Ética das Nações Unidas;
- criação do Conselho de Ética e das Comissões de Ética das unidades operacionais;
- criação dos Comitês de Representantes da Sociedade Civil.

Pretendeu-se também comprometer a sociedade com os valores do respeito à lei do código de ética policial. Acreditou-se também que era possível aumentar o número de sugestões favoráveis a uma correta atuação policial. Queria também que os policiais tomassem consciência da gravidade das ilicitudes policiais e que se formasse uma cumplicidade dos bons para repelir a mentalidade que justificava e aplaudia a ilicitude.

Na área do treinamento desenvolveu-se uma série de cursos e seminários. Destacam-se os seguintes:

- seminário sobre Proteção Internacional dos Direitos Humanos;
- ciclo de estudo sobre dinâmica de grupo;
- estágio de relações interpessoais;
- curso de prevenção e controle do *stress*;
- instrução de atualização dos oficiais subalternos: reciclagem sobre dinâmica de grupo, relacionamento interpessoal, estresse, condições do trabalho policial, limitações legais e estruturais, valores éticos e prevenção e repressão da criminalidade;
- curso de Direitos Humanos promovido pelo Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Em decorrência desses cursos foram tomadas as seguintes providências:

- criação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Estresse – CIPAE;
- projeto de apoio ao CIPAE em nove unidades operacionais;
- nota de instrução sobre o modelo FLECT do uso da força pela polícia.

Todos estes projetos buscavam discutir a necessidade de mudanças organizacionais; procuravam mostrar outras formas eficazes de prevenir o crime; tentavam mostrar métodos de crescimento pessoal e organizacional que passavam pela humanização dos processos gerenciais e operacionais; enfim, procuravam enfrentar o grave problema da criminalidade policial com a dimensão que me parecia ter : a dimensão político-institucional.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

CARLOS LAMARCA: CIRCUNSTÂNCIAS DA MORTE E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

MIGUEL REALE JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares – 2. Descrição dos fatos – 3. Avaliação dos fatos – 4. Conclusão.

1. Considerações preliminares

No campo de competência desta Comissão, para a análise dos fatos, há que se fazer abstração das condições pessoais do ativista político, bem como das ações por ele praticadas, para se cingir a examinar as circunstâncias específicas e concretas do momento de sua morte, com o fim precípuo de verificar se houve ou não conduta abusiva e desnecessária dos agentes do Estado.

Não só é esta a finalidade a que se destina o trabalho desta Comissão, como é, também, conseqüência lógica inafastável da anistia. Com efeito, se o agente político tivesse sido preso e processado, impondo-se-lhe uma condenação, estariam, por força da anistia de 15.08.1979, apagados os atos por ele praticados, não importando as suas condições de liderança e chefia do movimento de luta armada. Destarte, há que se ignorar os atos terroristas praticados e a qualidade de quem os praticou, açambarcados pela anistia, limitando-se a análise à situação concreta em que se deu a morte do ativista político.

Malgrado Carlos Lamarca ter sido líder da luta armada, chefe do MR-8, haver desertado do Exército, como, aliás, tantos outros rebeldes o fizeram nas revoluções de 22 e de 24, cumpre focalizar exclusivamente as circunstâncias de sua morte, sendo fonte primacial o relatório da *Operação Pajussara*, elaborado na época dos fatos e subscrito pelo Comandante da 6.ª Região Militar do Exército.

2. Descrição dos fatos

A Operação Pajussara desenvolveu-se em duas fases: a primeira estendeu-se de 25.08. a 04.09.1971, e logo a 28.08.1971 forças militares, divididas em equipes, com apoio de diversos meios de transporte, cercaram e invadiram a fazenda Buriti, redundando na morte de Luis Antônio Santa Barbara, "Merenda", e de Otoniel Campos Barreto, bem como em ferimentos e prisão de Olderico Campos Barreto.

Lamarca e Jessé evadiram-se, continuando-se a busca e perseguição nos dias que se seguiram com esgotamento físico dos agentes militares. As buscas de informes e a exploração de diversos locais prosseguiram, dando-se paulatina evacuação das tropas que se findou em 4 de setembro.

Inicia-se, então, a segunda fase da Operação Pajussara. Desde o início da primeira fase sabia-se que o grupo guerrilheiro compunha-se de cinco (5) pes-

soas, restando fugitivos após o episódio da Fazenda Buriti apenas Lamarca e Jessé. A segunda fase foi desenvolvida visando à sua perseguição.

Em vários momentos o relatório assinala não ter o bando guerrilheiro *expressão militar*, (f.) *o pequeno vulto e valor do inimigo* (f.) e a existência de *pequeno efetivo* (f).

O relatório assinala também que as condições do local eram inóspitas e adversas principalmente graças à vegetação da caatinga, em cujo meio o deslocamento exige grande esforço físico.

Os dois guerrilheiros em fuga alimentavam-se parcamente, como se vê da menção de que haviam, em 5 de setembro, comido dois ovos e um litro de farinha na casa de uma velhinha. (f.).

Era este o quadro no qual se desenrolaram as operações de cerco dos guerrilheiros Lamarca e Jessé, cerco que se reiniciou em 7 de setembro, a partir de informes sobre sua localização.

Na segunda fase da Operação, as forças militares dividiram-s em três equipes, Tigre, Leão e Alfa, iniciando-se o deslocamento em busca dos guerrilheiros, o qual se estendeu por vários dias até que vieram a ser encontrados no dia 17 de setembro pela equipe Águia, subdivisão da equipe Tigre, sob chefia do comandante do DOI e integrada também por três elementos da equipe Alfa, e que se deslocou em duas viaturas até Pintada. A pequena equipe Águia, após ter realizado buscas a pé por duas horas, ao retornar às viaturas foi alertada, pelos motoristas que haviam permanecido junto aos veículos, estarem duas pessoas com sacos dormindo perto de uma árvore.

Importa, para absoluta fidelidade, transcrever neste passo o relatório:

"Sem ser necessário nenhuma ordem, a pequena equipe, a exemplo de seu chefe engatilhou suas armas e procurou aproximar-se dos dois homens deitados".

"Cerca de 10 metros dos mesmos, em virtude de dois elementos da equipe terem se lançado através da caatinga, para encurtar caminho, provocando ruído de mato quebrado, que despertou um dos terroristas, o qual exclamou: "Capitão, os homens estão aí". Toda a equipe, a essa altura, já estava em linha. O elemento que falou começou a correr, iniciando-se então o tiroteio. O segundo levantou-se tentando também correr carregando um saco. Esse foi abatido 15 metros à frente, caindo ao solo, enquanto o que dera o alarme, apesar de ferido, prosseguiu na fuga."

"Como permanecessem ao lado do terrorista caído dois agentes e só um estivesse perseguindo o Jessé, o Comandante do DOI determinou que o cabo auxiliasse aquele elemento, entregando-lhe sua metralhadora, pois a que o cabo portava estava quebrada: era uma INA. Pouco adiante, Jessé virou-se para o elemento que o perseguia, atirando-lhe uma pedra, recebendo então a última rajada. Ainda gritou: Abaixo a ditadura".

O relatório a seguir descreve o diálogo travado entre Lamarca e o Comandante do DOI:

– Você é Lamarca?

– Nenhuma resposta foi obtida: retirando então do seu bolso o retrato e fazendo comparação, repetiu a pergunta, obtendo a resposta:

– Sim, sou Lamarca.

– Como é o nome de sua amante?

– Iara.

– Sabe o que aconteceu com ela?

– Suicidou-se, não é?

– Morreu. Onde está sua família?

– Em Cuba.

– O que você acha disso?

– Sei quando perco.

– Você é um traidor do Exército Brasileiro.

Não foi obtida resposta. Carlos Lamarca estava morto. Eram 15:40 horas de 17.09.1971.

Antes de avaliar toda essa cena, cabe destacar que na primeira página do anexo, ao descrever o *Conceito da operação*, o relatório expõe:

"O CODI, empregando o DOI e elementos em reforço, conduzirá operação de informações para localizar, identificar, capturar ou destruir o bando terrorista que atua na Região de Brotas de Macaúbas. Para isso, numa 1.ª fase intensificará a busca de informes; numa 2.ª fase, após localizar e identificar o bando terrorista, isolará e investirá à área de treinamento para capturá-lo ou destruí-lo". (f.)

Sobre os objetivos alcançados (f.) destaca em primeiro lugar: "Foi destruído o mito terrorista representado por Lamarca."

Nas considerações preliminares das conclusões finais, o relatório ressalta, como fator que conduziu a uma certa precipitação, o seguinte:

"A valorização exagerada do mito Lamarca provocou a corrida à área dos elementos das agências centrais de informação que, altamente motivados para a destruição desse mito, não estavam, entretanto, preparados para a sobrevivência na caatinga e uma duração maior da operação" (f.).

3. Avaliação dos fatos

Revelam as passagens do relatório acima transcritas, de modo claro, que a operação foi marcada por um descompasso entre a realidade e o mito. Consideráveis forças do Estado, alicerçadas em sofisticado apoio, enfrentavam grupo sem expressão militar, fisicamente depauperado, grupo formado por dois homens na segunda fase, mas que por constituir um mito tornava os agentes militares *altamente motivados para a destruição*. Destruição que se pusera como um objetivo a se alcançar e que veio a ser considerado como o principal êxito da Operação Pajussara: *foi destruído o mito terrorista representado por Lamarca*, sublinha o relatório.

Só mesmo a necessidade de destruir – não Lamarca, mas o seu mito – explica não ter sido ele preso ao ser acordado, ao levantar e pretender fugir carregando um saco, sem ter no momento uma arma nas mãos. Preferiu-se atirar para matar, como de fato ocorreu. Só assim estaria destruído o mito.

No encontro entre as forças militares da equipe Águia e os dois guerrilheiros, revela o relatório, não houve troca de tiros. Apenas acordados, os dois buscam fugir, sendo Jessé ferido e em seguida metralhado ao jogar uma pedra. Lamarca, puxando um saco na mão, caminha cinco metros e cai, de vez que fora atingido em movimento por vários disparos, como indica o laudo de exame necroscópico, com tiros na mão (projétil n. 7), na nádega (projétil n. 6), clavícula, braços e região do tórax (projéteis n. 1, 2, 3, 4 e 5).

Os dois guerrilheiros, sem reação, apenas procuraram fugir sem portar no instante qualquer arma, a ponto de Jessé lançar uma pedra, sendo fuzilados por diversos tiros. Havia nas circunstâncias pleno domínio da situação por parte das forças do Estado, que poderiam facilmente prender a ambos os guerrilheiros ao invés de tê-los abatido a tiros.

A execução de Lamarca foi julgamento sumário motivado. Agonizante, no instante em que morria, ouviu do Comandante do DOI a motivação da sentença de morte que lhe fora imposta: "Você é um traidor do exército brasileiro".

4. Conclusão

Pode-se entender o conjunto de sentimentos que levou as força do Estado a executar Lamarca, podendo capturá-lo

vivo. Todavia, no âmbito de competência desta Comissão, cumpre, tão-só, examinar objetivamente se, na situação de fato, houve ou não abuso. E abuso houve, de vez que os guerrilheiros exangues, sem portar armas nas mãos, surpreendidos dormindo, buscando fugir poderiam ter sido capturados pelas forças militares, que detinham absoluto domínio da situação.

Dessa maneira, não vejo como não reconhecer a responsabilidade do Estado pelo abuso cometido, sob pena de ao contrário estar legitimando a execução sumária do ativista político apenas em razão de sua condição pessoal e de seu passado, o que violentaria não só minha consciência jurídica e ética, mas a letra e o espírito da Lei 9.140/95.

COMISSÃO ESPECIAL LEI 9.140/95

ATA DA XIII REUNIÃO ORDINÁRIA DIA 11 DE SETEMBRO DE 1996

Às dez horas do dia 11.09.1996, na sala 621 do Anexo II do Ministério da Justiça, reuniu-se a Comissão Especial, criada pela Lei 9.140, de 04.12.1995. Estavam presentes todos os membros da Comissão. O presidente da Comissão, Dr. Miguel Reale Junior, abriu a reunião passando a palavra a Suzana Keniger Lisbôa, que havia pedido vista ao processo de Carlos Lamarca, na reunião do dia 01.08.1996. Expondo seu relatório, Suzana Keniger Lisbôa votou favorável ao deferimento do pedido do familiar de Carlos Lamarca, como enquadrado na justificativa legal do art. 4.º, I, *b*. A seguir, o relator do processo de Carlos Lamarca, Paulo Gustavo Gonet Branco, corroborou o seu voto contrário ao deferimento, bem como o fez o general de brigada Oswaldo Pereira Gomes. O conselheiro Luís Francisco Carvalho Filho leu o seu voto enfatizando que o Estado não tinha o direito de eliminar seus infratores sem julgamento, votando a favor do enquadramento na mesma justificativa legal acima mencionada. Também votou favoravelmente ao deferimento o conselheiro João Grandino Rodas. O Dep. Nilmário Miranda assumiu a palavra confirmando o seu voto, já exposto no dia 01.08.1996, pelo deferimento. O presidente da Comissão Especial, lembrando que as forças que agiam em nome do Estado poderiam ter prendido o perseguido e, não, o eliminado sumariamente, como o fez. Assim, Carlos Lamarca foi enquadrado na justificativa legal do art. 4.º, I, *b*, da Lei 9.140/95, pela votação de cinco votos a favor e dois contra (5x2). Por analogia, também foi enquadrado, na justificativa legal acima descrita, José Campos Barreto ("Jessé" ou "Zequinha"), por ter sido morto nas mesmas circunstâncias e no mesmo momento que Carlos Lamarca. O outro dos processos que entrou em pauta foi o de Carlos Marighella, enquadrado no art. 4.º, I, *b*, da Lei 9.140/95, pela votação de cinco votos a favor – Miguel Reale Junior, João Grandino Rodas, Nilmário Miranda e Suzana Keniger Lisbôa –, acompanhando o relator, Luís Francisco Carvalho Filho, e dois contrários – o do general de brigada Oswaldo Pereira Gomes e do representante do Ministério Público Federal, Paulo Gustavo Gonet Branco. Embora o general de brigada Oswaldo Pereira Gomes tenha afirmado que as decisões tenham sido de caráter político e não jurídico, o presidente da Comissão, Miguel Reale Junior, fez questão de enfatizar que a decisão, pela maioria, respondeu a questões estritamente jurídicas. Assim, encerrou-se a reunião, tendo sido marcada a próxima, para análise de outros casos, no dia 10 de outubro próximo.

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Expediente 270096004620-9

Assunto: Art. 28, do CPP

Origem: Juízo da Vara Crime da Comarca de Caravelas/BA

Data de entrada: 19.07.1996

Senhor Procurador-Geral da Justiça Adjunto:

Tratam os presentes autos de um inquérito policial instaurado na delegacia de polícia da cidade de Caravelas, com o fito de apurar-se um crime de furto ocorrido em meados do ano de 1993, em data e hora não especificadas, em um povoado conhecido como Barra de Caravelas.

Segundo a vítima, Sr. Antônio Pedro de Oliveira Santos, pescador, um imóvel que lhe serve como depósito foi arrombado *há mais de dois anos* (seu depoimento foi prestado no dia 21.06.1995), sendo subtraídos dois equipamentos utilizados em sua atividade profissional, quais seja, uma rede de pescar camarões e um espinhel (segundo Aurélio, aparelho de pesca formado por uma extensa corda na qual se prendem de espaço em espaço, linhas armadas de anzóis), avaliados, ambos, em R$ 950,00 (novecentos e cinqüenta reais), se novos fossem.

Foram indiciados no inquérito policial dois outros pescadores moradores daquela mesma cidade, um dos quais um vereador.

Apesar de transcorridos mais de dois anos do suposto arrombamento, a zelosa autoridade policial determinou a feitura de perícia no local do delito, tendo sido atestados pelos peritos sinais de arrombamento (sic), juntando-se, também, duas fotografias que, infelizmente, não serviram para comprovação de absolutamente nada.

Aliás, o tempo conspira contra este exame pericial, a ponto de feri-lo de morte, como vemos no seguinte entendimento jurisprudencial.

"Rompimento de obstáculo. Exame pericial realizado mais de um ano após os fatos. Decurso do tempo que torna o mesmo imprestável. Desclassificação." (TACRIM-SP – Rev. rel. Anthero Lopérgulo – *JUTACRIM* 98/379).

Indo os autos à ilustre representante do *parquet*, foram requeridas novas diligências, as quais resultaram evidentemente infrutíferas pelo decurso do tempo decorrido desde a prática da infração penal.

Retornando a peça informativa ao Ministério Público, uma segunda representante ministerial (esta titular da Comarca e, portanto, outra Promotora de Justiça que não aquela requerente das diligências acima referidas), solicitou o arquivamento do procedimento investigatório por faltar-lhe provas suficientes quanto à autoria do fato criminoso, do que discordou o eminente Juiz de Direito, ao dizer que houve furto ou roubo, bem como, pode ter havido receptação.

(*) Centro de Apoio Operacional das promotorias criminais.

A priori há de ser descartada a hipótese de roubo, pois não há sinais nos autos, nem os mais remotos, de grave ameaça ou violência a pessoa, meios de execução próprios deste delito e sem os quais ele afigura-se inexistente.

Vejamos, então, à vista da prova colhida, a existência dos crimes de furto e receptação.

Disse a vítima, no dia 21.06.1995, mais de dois anos depois da subtração, que três meses após o fato criminoso, o Sr. Luiz Eduardo Fonseca de Alcantâra, conhecido como Luiz Bichento, morador da localidade, alcoólatra e desocupado (falecido em 10.04.1995), procurou-o para delatar dois pescadores (um dos quais também vereador do município de Caravelas), afirmando-lhe terem sido estes os autores do furto, pedindo-lhe, porém, segredo da delação, no que foi atendido (sic).

Após o falecimento do delator, ou seja, somente dois anos depois do crime, a vítima resolveu procurar a autoridade policial, sendo, então, através de portaria, iniciado este inquérito policial.

A *res furtiva* foi encontrada na residência de um dos indiciados, em uma área descoberta e à vista, inclusive completamente deteriorada em virtude das intempéries: não se encontrava, portanto, escondida ou dissimulada.

Os dois indiciados, por sua vez, negam peremptoriamente que tenham praticado o furto, apenas tendo afirmado um deles que adquiriu o material subtraído em mãos, justamente, do seu delator, o Luiz Bichento, e o fez como quitação de uma dívida que este possuía com ele.

Com efeito, não há nos autos qualquer indício, por menor que seja, de quem teria sido o autor do furto, mesmo porque o único que afirmou conhecer os autores está morto (este que não deixava de ser, também, suspeito); há, ainda, notícias, confirmadas pelo próprio ofendido, de que no dia do fato delituoso um carro VW/Passat, cor preta, placa de São Paulo, permaneceu nas proximidades do depósito onde ocorreu a subtração delituosa, dificultando ainda mais e sobremaneira a *opinio delicti* do *parquet*.

A autoria do furto, destarte, encontra-se completamente desconhecida, sem que haja um só testemunho a favorecer a acusação, a não ser a suposta informação prestada à vítima pelo já falecido Luiz Bichento, figura carcomida pelo álcool e pelo câncer, andante a quem se devia apenas piedade, jamais credibilidade.

Nestas condições, não há suporte probatório a lastrear a denúncia por um crime de furto, mesmo porque, como é sábido, são pressupostos de uma idônea peça acusatória a autoria conhecida, o fato típico e provas razoáveis da relação de causalidade, na lição de Florian, *apud* Tourinho Filho (*Processo Penal*. v. 1, p. 352).

Assim, em obediência a tais pressupostos, a ação ministerial só deve ser exercida quando existirem concretos *indícios fácticos de um hecho punible*, a serem imputados a alguém, pois meras *suposiciones vaga no son suficientes para una inculpación jurídico-penal*, como ensinam os mestres alemães Claus Roxin, Gunther Arzt e Klaus Tiedemann (In: *Introducción Al Derecho Penal y ao Derecho Penal Procesal*. Trad. de Luis Arroyo Zapatero e Juan-Luiz Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989, p. 170).

Resta-nos, tão-somente, analisar a possível ocorrência do delito de receptação, posto que, indiscutivelmente, um dos indiciados, Sr. Jumar Moreira Viana, recebeu a *res furtiva* das mãos do multicitado Luiz Bichento, possivelmente como forma de pagamento de uma dívida.

Segundo este indiciado, a *res* foi por ele adquirida *bona fide* (como notou a insigne Promotora de Justiça), tendo Luiz Bichento informado que a havia obtido

de um pescador da vizinha cidade de Alcobaça, também no extremo-sul deste Estado da Bahia; informa, outrossim, que equipamentos dessa natureza são desfeitos com relativa normalidade por seus proprietários, quando, por exemplo, desfazem-se da embarcação antiga e adquirem outra mais potente (necessitando de material mais moderno) ou quando vendem o barco, sem o respectivo equipamento (precisando, então, despojarem-se do material restante), fatos que o levaram a acreditar na procedência lícita do que estava recebendo.

Como foi dito por este indiciado, e também pela vítima, os objetos furtados não estavam escondidos, mas à vista de qualquer pessoa que tivesse acesso ao seu sítio (deste indiciado), sendo do conhecimento de alguns pescadores esta circunstância, o que também faz presumir a conduta não-dolosa do pretenso receptador.

Como é sábido, para a caracterização do crime de receptação, não é somente o ato de adquirir, mas também tipifica a conduta o receber ou o ocultar a coisa produto de crime.

A receptação, no entanto, comporta a modalidade culposa, na hipótese em que "o agente, embora não tendo *ciência certa* da origem criminosa da coisa que *adquire* ou *recebe*, devia tê-la presumido em razão da própria *natureza da coisa* ou da *desproporção entre o valor e o preço*, ou da *conduta de quem a oferece*", na exata lição de Hungria (*In*: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 7, p. 319. Com grifos no original).

De observar-se que tampouco há nos autos indícios de conduta culposa por parte do indiciado Jumar Moreira Viana (aliás, diga-se de passagem, não ser parente, nem sequer conhecido remoto do subscritor, pois se assim o fosse, naturalmente, haveria óbice instransponível para este pronunciamento).

O máximo que se pode imputar a este indiciado é ter incorrido em erro escusável ou ter sido *contra-indícios* no sentido da legitimidade de proveniência da coisa, o que o torna *extra reatum est*. "A decidir-se de outro modo, teria o Código criado, em contraste com um de seus princípios centrais, um caso de responsabilidade *objetiva*. Todo indício pode ser desacreditado por um contra-indício", ainda no dizer do mesmo penalista (*idem, ibidem*, grifo original).

Destarte, como houve fortes contra-indícios trazidos pelo indiciado (e já referidos), não seria tranqüila a imputação de receptação culposa: no que concerne à receptação dolosa não há cogitar-se, por absoluta falta de elementos probatórios, tal como ocorreu para o furto.

Porém, a fim de que se esgote o assunto, estudemos a possibilidade da receptação culposa, cuja pena de detenção varia entre o mínimo de um mês e o máximo de um ano, ou multa (esta aplicada isolada ou cumulativamente).

Como foi notado no início, pelas próprias declarações da vítima, o fato criminoso ocorreu em meados do ano de 1993, não havendo outras circunstâncias que demonstrem o contrário.

Considerando-se a pena abstratamente prevista pela norma penal, a prescrição da receptação culposa ocorreria em quatro anos, ou seja, em meados do ano de 1997.

Porém, como é curial, a pretensão punitiva estatal pode também prescrever antes da sentença condenatória, chamando-se este fenômeno de prescrição intercorrente; isto ocorre quando, ainda que a prescrição não tenha alcançado a pretensão punitiva (considerando-se a pena abstratamente cominada), porém, pela cominação máxima concretamente prevista, é induvidoso que, ao sentenciar, o Estado-juiz não mais detém o direito de punir, pois extinta restou a punibilidade pela prescrição retroativa.

Exemplificando, casuisticamente, temos o seguinte: a receptação culposa prescreve ordinariamente em quatro anos; no entanto, é inteiramente impossível que, ao decidir, o juiz aplique a pena máxima cominada ao delito, ou seja, um ano; ora, sendo a pena concretamente aplicada inferior a um ano (como indubitavelmente seria), o prazo prescricional regular-se-ia pela pena aplicada, *id est*, menos de um ano, ocorrendo a prescrição, neste caso, em dois anos, por força do art. 109, VI do CP.

O mesmo valeria para a pena pecuniária, quer fosse aplicada sozinha ou não.

Assim, como o delito consumou-se em 1993, dois anos depois transcorreu o prazo prescricional, sendo inútil qualquer movimentação da máquina judiciária, sabendo-se de antemão que o delito não será punido, posto que, quando da sentença, extinta estará a punibilidade.

Esta questão, que não é pacífica (por conta, na maioria das vezes, do pernicioso tradicionalismo e da sacralização do nosso Direito), já representa o pensamento de uma corrente bastante significativa entre os nossos maiores juristas, como veremos adiante.

Antes, urge como examinemos, a fim de dissiparmos dúvidas, a matéria concernente à obrigatoriedade da ação penal no Brasil.

De início, diga-se que tal princípio, antes intocável, foi relativamente mitigado (através do princípio da oportunidade regrada) pela recente Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, representando uma elogiável mudança na mentalidade processual penal brasileira.

Mas, é indiscutível que a regra dominante em nosso Direito Processual Penal é o da obrigatoriedade da ação penal ou da legalidade (*legalitätsprinzip*), ao contrário do que ocorre em outros países, como a Alemanha (desde 1924), Grécia, França, Estados Unidos da América do Norte (um dos pioneiros), Grã-Bretanha, Bélgica, Israel, Japão, Egito, Suécia, Rússia, Panamá, Portugal, Áustria, Noruega, dentre outros, segundo a qual o Ministério Público está vinculado à ação penal, devendo ela ser proposta tão-só tenha-se notícia do crime e não existam óbices que o impeçam de atuar, fundando-se tal regra no apotegma *nec delicta maneant impunita.*

Ao contrário, segundo o princípio da oportunidade (*opportunitätsprinzip*), o órgão tem a faculdade (e não o dever ou obrigação) de propor a ação quando cometida uma infração penal, exercendo-se esta faculdade discricionariamente (e não arbitrariamente), levando-se em conta a utilidade da *persecutio criminis* e tendo em vista o interesse público e a economia processual.

Em que pese aquele princípio seja a regra em nosso Direito (cuja exceção se encontra na supracitada lei ordinária – de forma controlada – e nas ações exclusivamente privadas), nada impede, mesmo em obediência a ele, que o Ministério Público, como notou Vassali (*apud* Frederico Marques), aprecie os pressupostos técnicos do exercício da ação penal, usando de certa dose de fator subjetivo (Cf. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 1, p. 338).

Aliás, este inigualável processualista brasileiro admitia, em consonância com o eminente Des. Euclides Custódio de Silveira, emérito e saudoso professor da Faculdade de Direito da PUC/SP, uma certa mitigação ao princípio da obrigatoriedade no Direito pátrio, exatamente no art. 28, do CPP, ao dizer:

"Fala o texto citado em *razões invocadas*, para pedir o arquivamento, pelo órgão do Ministério Público – razões que o juiz examinará se são proce-

dentes ou improcedentes. Não esclarecendo a regra legal quais essas razões, *nada impede que o Promotor Público invoque motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do* parquet.

"*Tais motivos são examinados pelo juiz e pelo procurador-geral.* Devem ser ponderáveis e baseados na absoluta inconveniência da propositura da ação penal pública. Além disso, só se compreende em infrações de pequena gravidade: *de minima non curat praetor.*"(Marques, *op. cit.*, p. 339, com grifo nosso); de notar-se que a receptação culposa é, para nós, infração penal de pequeno potencial ofensivo (Lei 9.099/95).

De ressaltar-se que aquele Desembargador paulista afirmava ter acolhido por diversas vezes o critério da oportunidade suscitado pelo Promotor de Justiça, quando trabalhavam na Comarca de Santos/SP, como nos informa o gaúcho Paganelle Boshi, acrescentando este autor que nas comarcas do Rio Grande do Sul, "freqüentemente os juízes, acolhendo requerimentos dos promotores, decretam arquivamento de inquéritos policiais, com fundamento no art. 28, do CPP, notadamente quando os crimes são de bagatela, ou não contêm periculosidade social (PAGANELLA BOSCHI, José Antonio. *Ação penal.* Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 30-31).

Por outro lado, uma das condições da ação penal é, a par da possibilidade jurídica do pedido e da legitimidade das partes, o *interesse de agir*, sem o qual o Ministério Público é carecedor do direito de ação.

O interesse de agir, por sua vez, relaciona-se com a necessidade ou utilidade da jurisdição e a adequação do provimento jurisdicional.

Como dizem os eminentes juristas a seguir indicados, no processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, *em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal*, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição." (GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal.* São Paulo: Malheiros, 1996. p. 60, com grifo nosso).

Assim, levando-se em conta que o pedido que se faz numa denúncia é sempre o de imposição de uma sanção penal (aplicação do direito positivo ao caso concreto) e sendo esta impossível (pela iminente ocorrência do prazo prescricional), é lógico, evidente, econômico e racional que carece de interesse o órgão do *parquet* em intentar a respectiva ação penal.

Como lembra Morel, citado por Frederico Marques, "a jurisdição não é função que possa ser movimentada sem um motivo que justifique o pedido de tutela judiciária", ao que acrescenta o mestre Frederico: "ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal." (MARQUES, *op. cit.*, p. 319).

A nossa jurisprudência se inclina hodiernamente no sentido do entendimento acima esposado.

Assim, é que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por sua 4.ª Câm., julgando um recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, e numa decisão unânime, através do seu relator, disse:

"(...) O *punctum pruriens* da questão envolve o tema do interesse de agir (...)

"Conquanto se admita que a utilização da via jurisdicional, no ato de acusar, não leva, inexoravelmente, à imposição de pena, cabe averbar-se que o exercício

da ação sob indiscutível tom de falência quanto à aplicação concreta de reprimenda, *revelar-se-ia atividade sem qualquer utilidade, eis que o provimento jurisdicional, se procedente a ação, desembocaria na prescrição da pretensão punitiva estatal, ante a pena concretizadora.* (grifo nosso).

"No exame do interesse de agir, não se pode arredar a verificação da utilidade do provimento jurisdicional. Se inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se a ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca atingir um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata.

"(...) Não há interesse de agir, se a pena em perspectiva, uma vez concretizada, leva ao recolhimento da prescrição da ação penal.

"(...) Revela-se indiscutível, no plano *id quod plerunque accidit*, que a reprimenda não chegará ao limite máximo de um ano.

"Situando-se em *quantum* inferior a um ano a pena em perspectiva, a prescrição da pretensão punitiva já se definiu, eis que o fato é de 13.07.1987, sob prazo de dois anos."

"(...) Isto posto, negam provimento ao recurso."

No mesmo sentido veja-se *RJDTA-Crim* 8/156, *RT* 669/315 e *RT* 668/289.

O Juíz Federal do Rio Grande do Sul, Dr. Celso Kipper, nos autos do processo 8.902.372, assim sentenciou:

"Se a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Revam, 1990. p. 116), se a finalidade do processo penal é a realização do Direito Penal (MIRABETE, *op. cit.*, p. 40), servir como instrumento útil e necessário para tornar efetiva a função jurisdicional (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal – Estudos e pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 58), e se, enfim, não haverá pena a ser aplicada e executada, em virtude de desconstituição de eventual sentença condenatória em face do advento da prescrição retroativa, então já não haverá mais utilidade na sobrevivência do processo, uma vez que não pode atingir sua finalidade."

O Professor baiano Adilson Mehmeri, comentando o princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal, adverte que em razão de nossa atual realidade, "nossos Colegiados começam a repensar o assunto e, aos poucos, vão criando certas tolerâncias que podem ser descritas como discreta resistência ao princípio da legalidade." (MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial.* São Paulo: Saraiva, 1992. p. 435).

No mesmo sentido, a doutrina leciona:

"Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (*como por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva.* Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)." (GRINOVER *et alli*, *op. cit.*, p. 60-61, grifado por nós).

"Do mesmo modo, não haverá interesse, como pressuposto ao oferecimento da peça incoadora da ação penal, quando, a despeito da existência de provas altamente incriminadoras, em razão do transcurso acentuado do tempo, a provável pena da sentença em perspectiva apontar lapso prescricional passível de consideração desde a data do fato ou entre quaisquer dos marcos interruptivos aludidos pelo art. 117 do CP.

"Como o Promotor tem, perfeitamente, como supor, em face do que dispõem os arts. 59 e 68 do CP, a provável reprimenda penal, e, assim, pode muito bem concluir se em razão dela ocorrerá ou não a prescrição (arts. 110 e §§, do CP), nada recomenda, em caso afirmativo, que movimente a jurisdição para buscar uma sentença que não produzirá efeito, no crime ou no cível, havendo, neste caso, base jurídica sólida para o pedido de arquivamento do inquérito ou peças de informações, qual seja, a que decorre da absoluta ausência de uma das condições da ação, isto é, o interesse de agir, não se mostrando tal arquivamento como uma solução inconciliável com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública." (PAGANELLA BOSHI, *op. cit.*, p. 65-67).

"O problema da prescrição retroativa precisa ter solução para que não fique desacreditada a justiça criminal. Não tem sentido processar alguém quando tudo indica que ele, mesmo sendo condenado, terá declarada extinta a pretensão punitiva." (FERNANDES, Antonio Scarance, citado por SILVA, Wellington César Lima e. A mitigação do princípio da obrigatoriedade na sistemática processual penal brasileira. *Revista do MP/BA* 2/78).

Outro não é o pensamento do ilustrado Promotor de Justiça paulista, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Professor de Direito Penal e Processual Penal da UNESP, quando afirma que "não é adequada a providência jurisdicional que impõe ao condenado pena, quer privativa de liberdade, quer restritiva de direitos ou pecuniária que não possa ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente, às expectativas do autor e da sociedade."(Cf. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 3, p. 148).

Vê-se, portanto, ser inconcebível que à vista de determinados elementos, tais como a prescrição iminente, o Ministério Público, em nome da obrigatoriedade da ação penal, ative o Estado-juiz, sabendo-se de antemão tratar-se de atividade absolutamente inócua, contrariando a própria razão de ser do processo penal e da instituição, deslembrando-se, ademais, da grande quantidade de processos criminais referentes a fatos delituosos efetivamente importantes que tramitam em nossos pretórios.

Tanto isso é uma preocupação corrente, que o Ministério Público paulista, em projeto encaminhado ao Ministério da Justiça, propondo mudanças no Código de Processo Penal, sugeriu:

"Art. 24 – ...

"§ 2.º – Pode o Ministério Público deixar de promover a ação penal quando:

"I –

"II – em face dos elementos constantes do inquérito, só for possível prever pena que, aplicada, permitirá a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição;"

Em sendo assim, entendemos que: primeiro ,não há nenhum elemento para denúncia por crime de furto, por falta de prova da respectiva autoria; segundo, no que concerne à receptação dolosa, tampouco tais elementos exsurgem; terceiro, se possibilidade há de atribuir-se ao indiciado Jumar Moreira Viana a receptação culposa, ainda assim faltaria uma das condições da ação penal, qual seja, o interesse de agir, considerando-se a prescrição iminente à vista da pena a ser concretamente aplicada.

Por fim, não esqueçamos do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, *que debe regir la política criminal de un Estado Social y Democrático de Derecho*, e, segundo o qual, *la intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible,* sendo forçoso concluir que *el recurso al Derecho Penal deviene en ilegítimo desde el mismo*

momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna, como ensina José Miguel Zugaldía Espinar (*Fundamentos de Derecho Penal – Parte General – Las teorías de la pena y de la ley penal.* Universidad de Granada, 1991. p. 163, 164 e 166, com grifo nosso).

Com efeito, no presente caso, admitindo-se, por hipótese, a receptação culposa, teríamos que considerar se, no ajuizamento de uma ação penal, haveria interesse público relevante, tendo-se em conta os fins penais de prevenção geral e especial, além, é claro, da questão da economia processual.

Não esqueçamos que a presteza jurisdicional é corolário do moderno Direito Penal, significando que as decisões judiciais devem guardar com o fato delituoso uma certa e tolerável proximidade, sob pena de tornarem-se ineficazes as providências jurídicas advindas da sentença condenatória, em flagrante prejuízo para a credibilidade da Justiça, sem falar na possibilidade de oportunistas perseguições políticas, não convindo acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil.

Cumpre-nos preservar a dignidade do indivíduo, evitando-se a perniciosa sujeição a um processo penal inútil (pela impossibilidade de eficácia) e, ao mesmo tempo, acumulando-se força e energia para casos criminais de efetivo relevo, dando-se, quanto a estes, a esperada resposta à sociedade e à vítima.

Diante de tudo quanto foi dito, somos pelo arquivamento destes autos, por faltar justa causa para a ação penal, seja por não haver suporte probatório, seja por carecer de interesse processual o Ministério Público.

É o parecer, s.m.j.

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

AS VÁRIAS FACES DA VIOLÊNCIA*

ENEIDA DE MACEDO HADDAD

LUCI GATI PIETROCOLLA

A violência e o medo foram compreendidos não mais como elementos de *fora* da nossa cultura. Enquanto produção social, não podem ser pensados independentemente do modo como são construídas e articuladas as relações sociais. Os inúmeros casos de violência denunciados pela mídia e o medo que paira sobre todos apontam para uma nova subjetividade que vem sendo formada e reforçada nas últimas décadas. O processo de socialização para a violência não tem tido limites, perpassando todas as relações humanas. De fato, atitudes violentas estão, crescentemente, sendo tomadas como naturais. Quem se sente violentado com a corrupção dos políticos por nós eleitos? A internalização gradual da violência leva à reprodução inconsciente da mesma. É na cultura, portanto, que fundamos a explicação para a violência e o medo na sociedade brasileira.

Promovendo a violência – concentração da renda, encolhimento do mercado de trabalho, redução das oportunidades de vida, estreitamento do acesso aos direitos sociais, desrespeito ao cidadão, falta de perspectiva aos jovens, enfim, insegurança no presente e descrença no futuro –, o modelo econômico vigente promove, também, o exercício da mesma por toda a sociedade civil. Para alguns segmentos sociais, a violência vem se tornando estratégia de sobrevivência.

A tentativa de depositar um novo olhar neste fenômeno social levou-nos à procura de pensadores de diferentes áreas do conhecimento, por entendermos que a discussão interdisciplinar é sempre mais rica. O seminário teve a duração de quatro dias. Organizado por temas, contou com três ou quatro palestrantes em cada mesa de trabalho que, após a exposição de suas teses e reflexões, abriram o debate ao público.

A leitura realizada pelas psicanalistas complementou a discussão da violência como produção social, à medida que destacou o significado da cultura na criação de regras que colocam limites para as pulsões agressivas dos seres humanos. Nesta direção, concluiu-se que os profissionais do Direito poderão assumir um papel relevante na construção de um novo tempo, se conscientes da importância da sua prática profissional na democratização da sociedade brasileira.

Ao longo das exposições foram debatidas questões relativas à complexidade da vida urbana, ao papel da mídia e à associação desta com a violência, uma vez que os meios de comunicação de massa têm por princípio a manipulação e

(*) As várias faces da violência, seminário organizado pelo IBCCrim, teve como principal objetivo participar do debate nacional sobre a violência e o medo presentes na sociedade brasileira. Através de um novo olhar sobre a questão, procurou-se chamar a atenção da sociedade civil em geral e dos membros do IBCCrim em particular para a importância do aclaramento do fenômeno.

controle das massas. Foi analisada a profunda desigualdade social da sociedade brasileira e o modo como a mídia impressa e eletrônica rotula e estigmatiza os pobres associando-os a vilões: (...) "Pelas imagens e pelas palavras, eles (os pobres) são fotografados e rotulados. Não se vêem mais pessoas. Vêem-se carentes, favelados, ladrões, menores, delinqüentes, criminosos, bandidos, viciados" (MELLO, Sylvia Leser).

Do mesmo modo, foram abordadas as diferentes formas de violência no meio rural, desde a estrutura fundiária do País, o trabalho escravo, o de crianças e os combates físicos entre latifundiários e trabalhadores rurais até a inoperância do Judiciário no julgamento dos conflitos da terra. A presença, numa mesma mesa, de um dirigente do MST (Movimento Sem Terra) e do Secretário da Justiça do Estado de São Paulo, somada à de uma especialista em questões da terra, favoreceu a polêmica e a reflexão sobre a violência no meio rural.

As experiências práticas de comunidades periféricas envolvidas na luta pelos Direitos Humanos trouxeram maior dinamização às discussões. Segundo os expositores, em todas elas ocorreu a diminuição dos crimes e outras manifestações de violência. Na região de Campo Limpo, visando favorecer a mudança de atitudes no cotidiano, o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular – CDHEP – vem oferecendo o Curso de Formação de Orientadores Jurídicos Populares, ministrado por profissionais do Direito. O mesmo curso é ministrado pela União de Mulheres de São Paulo, objetivando capacitar mulheres de origem popular "para lidar com as leis, o direito e facilitar o acesso à justiça e aos serviços correlatos" (TELES, M. Amélia de Almeida).

Das experiências relatadas, mencionamos ainda a desencadeada pela Associação de Proteção e Assistência Carcerária – APAC – de Bragança Paulista. Envolvendo a comunidade, esta instituição conseguiu reformar a cadeia pública da cidade e criar um sistema alternativo para cumprimento de penas dos presidiários.

Com a realização desse evento – *as várias faces da violência* –, o IBCcrim abriu mais um espaço de luta pelos Direitos Humanos, procurando enriquecer-se com a colaboração das demais ciências sociais e com as experiências populares. É o que se pretende demonstrar, publicando as palestras que nos foram enviadas.

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

A PRISÃO POLÍTICA: UM ENSAIO SOBRE DISCIPLINA E RESISTÊNCIA [1]

FLÁVIA SCHILLING [2]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O regulamento – 3. Objetivos – 4. O regime de disciplina – 5. Deveres e faculdades – 6. Regime de execução das penalidades – 7. Procedimentos de admissão – 8. Foucault e o Regulamento do EMR 2 – 9. A arte de talhar pedras – 10. Punição – 11. Novamente, a arte de talhar pedras – 12. O trabalho – 13. A outra visão: a construção de um saber resistente: 13.1 Os objetivos da prisão – 14. Regulamento – 15. A resistência cotidiana: não houve trégua, não houve descanso – 16. Epílogo – 17. Bibliografia.

1. Introdução

Lo que más me sorprendió al iniciar la vida de presidiario fue – lo recuerdo – no encontrar en ella nada extraordinario, mejor dicho, inesperado. Me parecia que todo aquello había pasado ya por mi espíritu cuando iba camino de Siberia y me esforzaba por adivinar lo que me esperaba. Pero pronto un abismo de hechos sorprendentes, monstruosos, se abria a mis pies a cada paso. Cuando ya llevaba bastante tiempo en el presidio, comprendí lo extraordinario de semejante vida, si bien esta comprensión no evitaba el asombro. Debo manifestar aquí que tal asombro no me dejó ni un momento durante mis años de recluso: nunca pude amoldarme a aquella vida (DOSTOIEVSKI, F. *Recuerdos de la casa de los muertos*. Barcelona : Juventud, 1973, p. 29).

O texto que abre nossa reflexão é de 1850, gerado em um contexto bem diverso do que vivemos atualmente. Porém, provocativamente muito pertinente, pois nos coloca sem pausas ou mediações no lugar que olharemos, marcando brilhantemente uma sensação que envolve os relatos e estudos sobre as prisões: sua ambígua situação nada extraordinária. Vemos o assombro convivendo com a sensação de que tudo aquilo já era previsto, *já havia passado pelo meu espírito*, gerando impressões uniformes, pesadas e afogadas.

Dostoievski continua: "La luz aparece en el cielo y se oye el redoble del tambor. El anciano abre la puerta y el sargento pasa la lista. Nadie de más allá de la muralla puede vernos ni saber nada de nuestra vida...[3]

(1) Ensaio elaborado a partir de capítulo da dissertação de mestrado da autora: Estudos sobre resistência, FE/Unicamp, 1991.

(2) Doutoranda do Depto. de Sociologia da FFLCH/USP.

(3) DOSTOIEVSKI, *op. cit.*, p. 166. Ninguém os vê nem pode saber... Sensação semelhante à descrita por B. Bettelheim quando comenta sobre a impossibilidade de criação, por parte dos prisioneiros do campo de concentração, de qualquer tipo de linguagem, pois "nenhuma seria proporcional à sua dor, desespero, desolação e morte em vida... ninguém os escutaria e teria compaixão" (BETTELHEIM. *O coração inconformado*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1985. p. 105).

Lugares obscuros e sombrios? Ou excessivamente iluminados? Mostrando ou ocultando o que (não) deve ser visto? Recolhendo o que não deve ser ouvido, ocultando o que deve ser não dito (difícil de dizer). Que não cria discursos, violência, "estufas para mudar pessoas" (GOFFMAN, E. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo : Perspectiva, 1975. p. 22).

E os conflitos neste lugar? Constantes, dramáticos, esperados. Explosivos: "Tenho caminhado curvado sob seu coração/Aquela autoridade insensível/que mantém a jóia cintilante/da contradição em seus olhos. /Acho que vou arrancá-los de seu crânio/e esmagá-los nas mãos" (ABBOTT, J. *No ventre da besta*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1982. p. 26).

Neste ensaio partirei de um estudo de caso particular e relativamente peculiar: usarei como ponto de partida para este pequeno estudo sobre a organização disciplinar e a resistência nas prisões, o regulamento, publicado em julho de 1973, do Estabelecimento Militar de Reclusão 2, *Punta Rieles*, prisão política de mulheres existente no Uruguai de 1972 a 1985.[4] Trabalharei basicamente com os objetivos explícitos neste regulamento e com as estratégias pensadas para realizá-los. Veremos como estes objetivos e estratégias se encaixam numa teoria geral sobre as prisões, para logo avançar no discurso criado pelas presas sobre essa mesma organização, seus objetivos e métodos.

Se este estudo de caso pode parecer em um primeiro momento excessivamente peculiar ou particular, rapidamente reconheceremos discursos e estratégias comuns a outras prisões e a outros momentos históricos.

A história que estudaremos acontece nas décadas de 70 e 80, com a prisão acompanhando o movimento político geral de implantação, consolidação e retirada de um regime militar-autoritário. Este estudo inicial recolherá, portanto, grandes linhas e *flashes* desta prisão. O tempo da história é longo: de 1972 a 1985. Neste tempo, existem momentos diferentes. O primeiro, que poderíamos localizar durante os anos de 72-73, reflete de certa forma a "inexperiencia carcelera de las FFAA con respecto a organizaciones políticas; la confianza nacida del fácil triunfo militar y el fascismo dando sus primeros pasos" criando uma situação de relativa indiferença em relação aos presos políticos.

Identificamos um segundo momento, desenvolvendo-se a partir de julho de 1973, marcando a consolidação do regime autoritário e refletindo-se na cristalização do sistema com o reconhecimento dos objetivos a serem buscados em relação aos presos políticos: "no los liquidamos a todos cuando tuvimos la oportunidad y algún dia tendremos que soltarlos; debemos aprovechar el tiempo que nos queda para volverlos locos".[5]

Identificamos igualmente um momento final, correspondendo a transformações políticas externas, ao fim da ditadura: "las cárceles, especialmente las de tipo político, no son para permanecer".[6]

Se é fácil analisar regulamentos, regras, normas, disciplinas e desenhar o perfil de uma instituição prisional, chamamos a atenção para a dificuldade em recuperar a resistência cotidiana composta necessariamente de fragmentos. Como narrar no tempo histórico o momento individual e breve da ambigüidade do não-saber e do saber, do abatimento e da força, do controle e do descontrole? Como aproximar-se das verdades, como recuperar da verdade individual o que foi verdade para tantos e mentira para ou-

(4) *Uruguay, seguridad nacional y cárceles políticas*. Madri : IEPALA, 1984.

(5) Palavras do diretor do EMR 1 Penal de libertad, 1973 *apud* Bermejo, 1985:83.

(6) Colectivo, EMR 1, p. 2, *ex. mimeo.*

tros? Como trabalhar no único, no absolutamente original, o comum, o humano, o necessário, o coletivo?

Trata-se de vislumbrar o terceiro, o imprevisível, o criativo, ao lado da obediência, da submissão, da morte. Pois a resistência nas prisões, mesmo sendo sempre esperada é pouco descrita. Encontramos uma quantidade considerável de depoimentos e de memórias e poucas análises teóricas a respeito. Porém estes depoimentos, estes relatos, de uma forma quase independente de sua época, de seu lugar de origem, se remetem, coincidem.

O marco desta análise será dado tanto por material institucional quanto o produzido posteriormente sobre a prisão política. Trabalharemos com o regulamento do estabelecimento prisional e com depoimentos publicados, memórias e entrevistas colhidas no trabalho de campo durante o ano de 1989. Abriremos uma primeira discussão sobre a organização do sistema e a resposta a este sistema. Será uma primeira discussão, pois trata-se da recuperação de uma história que necessariamente deverá ser coletiva.

O lado fácil desta tentativa é descrever a pedra e sua linguagem, a arquitetura da prisão: mosteiro semi-rural, isolado. O mais difícil é descrever a sua formação como instituição prisional, o formar-se do sistema, sua relação complexa com o lado de *fora*, com a política, com a economia: relação complexa de dependência e simultaneamente de negação desse contexto. Frankestein, a *Besta*, a máquina aliada e alheia, instituição social essencialmente política, fechando-se ao social, negando o movimento político que a gera e termina por matá-la. Trata-se de descrever as mudanças, as continuidades, porém sem reduzir, sem esquecer que *existiram 20 prisões diferentes*. Organização-processo, portanto, organização da incomunicação e da instabilidade, da fragmentação, gerando discursos fragmentados, parciais, descontínuos. Não pretenderei estruturar, pois, o discurso do consenso, ou inventá-lo. Tratar-se-á de desenhar as grandes linhas do Estabelecimento prisional e da resistência acontecida.

2. O regulamento

Analisaremos o Dec. 503 de 03.07.1973 do Ministério de Defesa Nacional do Uruguai, onde aprova-se o Regulamento do Estabelecimento Militar de Reclusão 2.

O Decreto inicia-se com a descrição do Plano Geral do Regulamento, tratando seu conceito funcional, seus objetivos, atribuições dos diferentes corpos de funcionários. Serão objeto de uma análise mais detalhada o conteúdo dos Cap. XII, XIII, XIV, XV e XVI, que tratam da política de reclusão, normas de comportamento das presas, formação de um arquivo pessoal sobre as mesmas, deveres e faculdades das presas, regime de disciplina e punição, comunicação externa e regime de admissão.

3. Objetivos

O objetivo explícito do estabelecimento citado é a custódia: "a direção do Estabelecimento Militar de Reclusão 2 tem como principal objetivo a custódia das reclusas". Porém, este objetivo principal é assim caracterizado: "brindando a segurança máxima, seguir-se-ão as normas mais modernas da ciência penal, tentando tornar e manter o mencionado Estabelecimento em um verdadeiro *claustro* de transformação moral e readaptação social do delinqüente."

O comportamento do pessoal que trabalhará na prisão deverá ser exemplar em todos os seus atos, atendendo ao "conceito exemplarizante, pedagógico e tutelar que constitui a finalidade primeira da organização." Todos deverão encarregar-se, independentemente de sua hierar-

quia funcional, da "vigilância, educação e cuidado das presas e estarão habilitados a conhecer suas tendências, caráter e inclinações morais", de forma a conseguir a *obediência por convicção* e, portanto, *a ordem e a disciplina conscientes*".[7]

Estes seriam, portanto, os conceitos gerais, os fundamentos, o *espírito* do Regulamento. As palavras são: segurança, claustro, transformação moral, readaptação social, exemplo, pedagogia, tutela, obediência por convicção, ordem, disciplina. Estas palavras corresponderiam às normas mais modernas da ciência penal.

Nesse contexto, justifica-se o sistema de normas de disciplina a ser adotado com todo o rigor: "este sistema ou normas de disciplina... tem por finalidade *infundir* hábitos de ordem e especialmente reeducar a personalidade da reclusa e conseguir sua melhoria moral e higiene mental, orientando sua futura vida social honesta."[8] Trata-se de *instrução educativa e disciplinar.*

Dentro deste quadro, a punição "terá principalmente em consideração os efeitos da mesma, em suas funções reeducadoras, mais do que a exata equivalência da falta cometida".[9]

4. O regime de disciplina

A organização deste Regulamento é repleta de idas e vindas, superposições e reiterações, compondo um quadro detalhista e ao mesmo tempo extremamente vago. Isto torna-se patente quando nos fixamos em sua estrutura geral e ainda mais patente quando entramos em algum capítulo em particular. Exemplar nesse sentido é o Cap. XIV, "Regime de Disciplina das Reclusas", muito importante por seu conteúdo e que nos esclarece sobre o significado e objetivos deste estabelecimento.

O plano geral do capítulo é o seguinte: introdução, punições, infrações, reincidência, notificação das punições, maus tratos, meios de sujeição, fatores agravantes das infrações, caráter geral da punição, erros, intervenção do juiz, greve de fome, movimentos coletivos, infração anônima, infrações acumulativas, registro das infrações, lugares de punição.

A introdução diz que "Todo ato de indisciplina, de desobediência ou infração ao Regulamento, às ordens ou resoluções, determina medidas de correção".[10]

Segue-se a descrição das punições, em número de oito, organizadas por ordem de severidade e as prescrições gerais para a aplicação das mesmas. Como trata-se de *instrução educativa e disciplinar*, as presas – mesmo quando em celas de castigo – deverão ser atendidas duas vezes por semana em sua higiene pessoal e na higiene da cela, e, quando doentes, devem ter a punição suspensa até a recuperação da saúde. As punições vão da admoestação verbal e escrita à *incomunicação* (perda do direito de cartas e visitas aos familiares) e isolamento em cela de *correção.*

As infrações estão organizadas em seis grupos, seqüenciadas por gravidade, compondo um total de 29 *delitos* a serem punidos. Como exemplo da ambigüidade do regulamento, vamos recuperar duas infrações. Uma é pertencente ao grupo 1 e diz que serão aplicadas sanções disciplinares por "não observar *compostura* nos gestos ou na linguagem ao tratar com

(7) Cap. XVI, art. 4: 137A.

(8) Cap. XVI, art. 40-par.B: 139-A. "Infundir: Infundir, comunicar Deus à alma uma graça ou um dom; infundir, inspirar, incutir, causar no ânimo um impulso moral ou afetivo." *Dic. Espanhol-Português.* Porto, p. 646.

(9) Cap. XIV, art. 53: 146-A.

(10) Cap. XIV, art. 38: 139-A.

um funcionário".[11] Esta infração será punida com admoestação verbal ou escrita.

A outra, que pertence ao grupo 4, diz da aplicação de sanção por "faltar ao respeito ou responder incorretamente aos funcionários ou outras pessoas",[12] sendo punida com incomunicação de 46 a 60 dias.

Podemos nos perguntar sobre qual será a diferença entre "não observar compostura nos gestos e na linguagem ao tratar com um funcionário" e "faltar ao respeito ou responder incorretamente aos funcionários" que justifique esta variação na punição.

Podemos supor que esse exemplo corresponde bem ao caráter vago e meticuloso já assinalado do regulamento, que deixa uma grande margem de interpretações nas normas, ao mesmo tempo em que nos remete ao princípio geral das punições, ao fato de que estas, por seu caráter *reeducativo*, não terão que levar em consideração a *exata equivalência com a falta cometida*.[13] Fica aberto e legalizado um enorme espaço para a arbitrariedade.

As infrações listadas no Regulamento podem ser agrupadas da seguinte forma:

1) Infrações que tratam da *desobediência às ordens*: estas se distribuem por ordem de gravidade, começando pela demora na obediência de ordens recebidas ou sair sem permissão de lugar designado, até a desobediência explícita a ordens dos funcionários, greve de fome, resistência a submeter-se às punições, tentativas de fugas e rebeliões: preparar ou dirigir atos de tumulto, rebeliões, motins ou demonstrações de qualquer gênero subversivo, agredir, ferir ou resistir violentamente aos funcionários, por graves desordens cometidas.

2) Infrações que tratam da *linguagem, dos gestos, da postura*: estas também podem ser classificadas de acordo com as correspondentes punições por ordem de gravidade. A primeira é infringir a regra do silêncio, seguida de não observar compostura nos gestos e na linguagem ao tratar com um funcionário, não manter uma atitude de respeito diante das pessoas alheias que visitam o estabelecimento. Alterar a ordem emitindo gritos, cantos ou *imprecações*; tentar comunicação clandestina com outras presas ou manter correspondência com pessoas alheias ao Instituto, fazer falsas denúncias ou mentir em casos em que a autoridade ordena um esclarecimento, faltar ao respeito ou responder incorretamente aos funcionários ou outras pessoas, dirigir-se em reclamação coletiva às autoridades, injuriar, ameaçar ou tentar violência contra a Instituição ou contra o pessoal.

3) Infrações que tratam do uso dos *bens materiais* do estabelecimento: estragar, por negligência ou intencionalmente, materiais ou móveis do estabelecimento, utilizar intencionalmente os materiais ou utensílios da cela (*sic*).

4) Infrações que tratam da *higiene e da moral*, igualmente distribuídas por ordem de gravidade: descuidar da limpeza pessoal, da cela ou do lugar designado, "cometer atos contrários à moral e aos bons costumes" (sujeita a uma punição de incomunicação por três meses).

Das 29 infrações descritas no Regulamento, 12 tratam da linguagem, da postura, da comunicação e dos gestos. Este é um dado que se repete no decorrer de todo o Regulamento, inclusive na parte

(11) Cap. XIV, art. 41, par.A: 139-A. *Compostura*: compostura, composição; arranjo, porte; atitude, método, comedimento, asseio, esmero, adorno, arrumação, ajuste; modéstia, decência, mesura; maneiras graves e comedidas... (*Dic. Espanhol-Português*. Porto, p. 1.191).

(12) Cap. XIV. art. 44 par.A: 140.

(13) Cap. XIV. art. 53: 140-A.

dedicada ao pessoal de vigilância (PMF), assim como no capítulo que veremos a seguir, *Deberes y facultades*, assim como no capítulo que rege o regime de cartas e visitas. Se vincularmos estas infrações às que tratam de obediência/desobediência, também em número de 12, veremos que formam o bloco central do regime do disciplina. Podemos supor, também, que ambos os grupos estão intimamente ligados: uma atitude e uma linguagem respeitosas deixariam transparecer uma presa obediente. Não é esse o objetivo do estabelecimento? A obediência *por convicção*?

Essa obediência deve ser individualizada, pois esta seria a base para a constituição de um grupo obediente. Esta afirmação depreende-se do seguinte artigo do mesmo capítulo: "as faltas assumem maior gravidade quando são reiteradas, quando são coletivas e quando se cometem frente a um *superior*.[14] Errar uma vez é humano, porém, quando reiterada é rebeldia; uma infração solitária é menos perigosa do que uma infração coletiva; porém, se essa infração, além de coletiva, é visível e é feita como uma manifestação de um grupo frente a um *superior*, é então muito perigosa devendo ser severamente reprimida, localizando-se por todos os meios *as principais culpadas*,[15] tentar a *identificação da promotora* de forma a reduzir, individualizar. Se isto não for possível, a punição deverá recair sobre todo o grupo".

Todos estes movimentos deverão ser registrados: "Todo ato positivo, assim como toda sanção disciplinar, deverá ser registrado no expediente da reclusa, para os efeitos de sua classificação de comportamento",[16] a efeitos de seguir *sua contabilidade moral*.[17]

(14) Cap. XIV, art. 53: 140-A.

(15) Cap. XIV, arts. 58 e 59: 140-A.

(16) Cap. XIV, art. 61: 140-A.

(17) Cap. XV, art. 65: 141-A.

5. Deveres e faculdades

Recorremos ao dicionário para entender a palavra *faculdades*: "faculdade, poder de fazer; capacidade, aptidão, potência física ou moral; propriedade, qualidade, permissão; ciência que se ensina em uma escola superior; corporação dos professores dessa ciência, ciência, arte, força, resistência; atributo; autoridade."[18] Poderíamos então traduzir o título deste capítulo do Regulamento como tratando dos deveres e do poder de fazer das presas, deveres e capacidades das presas, deveres e permissões... Tudo para não dizer o que não deve ser dito: deveres e *direitos* das presas.

Esta palavra *direitos* não aparece no Regulamento. Devemos imaginar que não aparece por ser uma palavra pouco usual, pouco conhecida, ou tratou-se de um esquecimento?

Este capítulo, que trata especificamente dos deveres e faculdades é especialmente interessante: contém uma listagem de 12 artigos. Dez artigos tratam de deveres e dois de *faculdades*. Os dois primeiros arts. – 63 e 64 – tratam do grande tema do Regulamento: a obediência e a punição à desobediência. Vejamos: "As reclusas devem obediência e respeito a todos os funcionários do estabelecimento qualquer que seja a sua hierarquia e executarão suas ordens sem a mínima objeção." Quem "esquecendo este primeiro dever, ameace, acometa ou injurie um funcionário sofrerá as conseqüências..."[19]

O terceiro art. – 65 – trata de uma faculdade das presas: poder queixar-se sempre que considerem haver sido vítimas de alguma arbitrariedade. Porém, "a falsidade ou a *inexatidão* das afirmações,

(18) CAVERO, David Ortega. *Dic. Port-Esp. Esp-Port.* Barcelona : Ramón Sopena, 1975:1397.

(19) Cap. XV, art. 63: 141-A.

nestas reclamações, será considerada falta que trará consigo uma correção".[20] Vemos, então, que é, no mínimo, uma *faculdade* relativa.

Os três artigos seguintes – 66, 67, 68 – tratam da proibição de posse de alguns objetos, dinheiro e materiais e das respectivas punições caso exista violação da proibição.

Os quatro seguintes – 69, 70, 71, 72 – tratam novamente do ponto forte do Regulamento: atitude de respeito, linguagem correta, gestos adequados, postura. As presas devem: permanecer de pé e observar o maior respeito quando os *superiores* entrem nas celas; quando algum funcionário falar com uma reclusa, esta deve observar a maior compostura na forma de expressar-se, sem fazer gestos e adotando, a todo momento, uma atitude correta; está proibida de fazer gestos de *displicência*, dirigir a palavra aos visitantes ou fazer *señales de inteligencia*; está proibida de expressar-se em termos irrespeitosos; fazer demandas ou reclamações coletivas assim como manter todo tipo de conversas em *términos convencionales ininteligibles* para os encarregados da vigilância.[21]

Finalmente, no art. 73, uma *faculdade*: solicitar exame médico quando se sintam mal.

O último artigo – 74 – é de ordem geral e remete para um outro Regulamento que tratará dos *deveres de ordem secundária*. Não são mencionadas as *faculdades de ordem secundária*.

6. Regime de execução das penalidades

Prosseguimos um pouco mais. O capítulo XVI do Regulamento trata do "regime de execução das penalidades". O primeiro art. – 75 – reza que a pena deverá cumprir-se em cela individual;[22] o segundo – 76 – traz a *máxima* que regerá a execução das penalidades:

"A reclusa será submetida a um sistema de normas de disciplina que tem por objetivo *infundir* hábitos de ordem e especialmente reeducar a personalidade da reclusa e conseguir sua melhoria moral e higiene mental orientando sua futura vida social honesta."[23]

Surpreendentemente, no artigo seguinte – 77 – encontramos uma penalidade para uma nova e fundamental infração, aparentemente esquecida e logo lembrada e recuperada neste capítulo. Diz o artigo: "toda presa que se negue a cumprir um trabalho designado, sofrerá a sanção disciplinar estabelecida". Continua no artigo seguinte: "durante o término em que perdure sua negativa ao trabalho, permanecerá na cela privada de recreio, leitura e comunicação, sem prejuízo da classificação de comportamento que lhe corresponda".[24]

Em momento algum havia sido mencionado o tema do trabalho no estabelecimento. Não cogitávamos sequer sobre sua existência, pensávamos que não havia sido previsto como um fator importante dentro das normas mais modernas da ciência penal. Não sabíamos de sua obrigatoriedade, de suas possíveis vinculações com o objetivo central do claustro de transformação moral que estamos vendo. Havia sido esquecido? Ou é um ponto tão importante que deve ficar escondido, semi-secreto? Podemos supor que, como aparece mencionado logo após a *máxima* de caráter geral citada, vincula-se, de alguma maneira, à

(20) Cap. XV, art. 63: 141-A.

(21) Termos convencionais ininteligíveis quer dizer falar em alemão, inglês, francês, português etc.

(22) Em P. Rieles, as únicas celas individuais existentes são as celas de *rigor*, construídas em 1974.

(23) Cap. XVI, art. 76: 141-A.

(24) Cap. XVI, art. 78: 141-A.

mesma. O trabalho seria um elemento privilegiado do sistema de normas disciplinares, estaria diretamente vinculado ao objetivo de *infundir hábitos de ordem*. Poderíamos pensar nesta lembrança do tema do trabalho neste lugar insólito, por ser o trabalho um grande disciplinador, o ordenador por excelência, estreitamente vinculado à obediência que aparece como exigência fundamental em todo o Regulamento.

7. Procedimentos de admissão

Temos um longo capítulo dedicado a este tema. Encontra-se assim justificado: "O procedimento de admissão de uma processada ou condenada constitui um assunto de grande importância, devendo, portanto, ser planejado e executado de forma eficiente".[25] A explicação prossegue no artigo seguinte: "o mencionado planejamento e execução visará proteger a segurança e a sanidade da prisão; registrando, além disso, *informações e dados que servirão de base para o manejo e segregação das reclusas.*"[26]

São detalhados os passos a serem dados em tal admissão, que passam pelo registro de dados judiciários e oficiais e reiterados registros pessoais e corporais (nove itens tratam destes registros), passando pela adjudicação do número de identificação, pelo corte do cabelo e pela uniformização da presa, assim como pela retirada de objetos pessoais, entre os quais, os relógios. A presa deverá passar por um interrogatório que recuperará a sua história: "serão anotadas todas as informações relativas à reclusa, *anteriores e posteriores à detenção para confirmar sua história*, devendo esta ser o mais precisa e completa possível".[27]

(25) Cap. XVIII, art. 98: 142-A.

(26) Cap. XVIII, art. 99: 142-A. O grifo é meu.

(27) Cap. XVIII, art. 100: 142-A.

8. Foucault e o regulamento do EMR 2

Palavra por palavra, de um século a outro, as mesmas proposições fundamentais se repetem (FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro : Vozes, 1984, p. 238).

Veremos as proposições fundamentais contidas no Regulamento e como é possível discuti-las à luz da teoria geral das prisões proposta por Foucault.

Trataremos, em primeiro lugar, dos objetivos de custódia e transformação moral dos prisioneiros, com o enquadramento feito no Regulamento destes objetivos como correspondendo às *normas mais modernas da ciência penal.*

Foucault propõe que as primeiras prisões assentam-se (desde 1596) na teoria, característica do século XVI, de uma transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício contínuo (idem: 108). Trata-se, portanto, de um trabalho sobre a alma do detento a ser desenvolvido pelos funcionários das prisões, que passarão a desempenhar a função de *engenheiros da conduta, ortopedistas da individualidade*" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 111-258).

A prisão foi, portanto, desde seus inícios, uma "detenção legal encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal... o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdades e a transformação técnica dos indivíduos" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 209). Excede, portanto, a detenção – a privação da liberdade, propõe um suplemento disciplinar em relação ao jurídico que conforma o universo propriamente dito *penitenciário*. Não se pune, portanto, para apagar um crime, mas para transformar um culpado atual ou virtual.

Este *excesso* da prisão, intrínseco a ela e contemporâneo de seus primórdios, procuraria, mais do que reconstituir o sujeito jurídico do pacto social – pacto que fora rompido pelo delito cometido – reconstituir o sujeito de obediência, "dobrado à forma ao mesmo tempo geral e meticulosa de um poder qualquer... O que se procura reconstituir ... não é tanto o sujeito de direito, que se encontra preso nos interesses fundamentais do pacto social: é o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente" (FOUCAULT, M. *Vigiar ...*, *op. cit.*, p. 114).

Vejamos se estas colocações coincidem com os objetivos explicitados pelo Regulamento do EMR 2. Diz o regulamento sobre a transformação moral: "seguir-se-ão as normas mais modernas da ciência penal, tentando tornar e manter o mencionado estabelecimento em um verdadeiro claustro de transformação moral e readaptação social do delinqüente."[28] Esta transformação moral objetivará a "obediência por convicção e, portanto, a ordem e a disciplina conscientes."[29]

Trata-se do mencionado trabalho sobre a *alma* que será desenvolvido pelos *engenheiros da conduta* que, independentemente de seu lugar na hierarquia funcional, encarregar-se-ão da "vigilância, educação e cuidado das presas e estarão habilitados a conhecer suas tendências, caráter e inclinações"[30] para conseguir a obediência por convicção.

A expressão *obediência por convicção* é merecedora de nossa atenção. Não é suficiente um comportamento formalmente obediente, externamente obediente. A alma, as convicções, a consciência serão o alvo e o objetivo do trabalho de transformação moral. "Trata-se de uma mudança de moralidade e não de atitude" (FOUCAULT, M. *Vigiar ...*, *op. cit.*, p. 213).

Esta obediência por convicção seria obtida através do sistema de disciplina – exercício contínuo – que tem por finalidade "infundir hábitos de ordem e especialmente reeducar a personalidade da reclusa e conseguir sua melhoria moral e higiene mental, orientando sua futura vida social honesta."[31] Instrução educativa e disciplinar.

Portanto, o Regulamento parece confirmar plenamente as proposições fundamentais levantadas por Foucault: "o ponto de aplicação da pena não é a representação, é o corpo, é o tempo, são os gestos e a atividade de todos os dias, é a alma também, mas na medida em que é sede de hábitos" (FOUCAULT, M. *Vigiar ...*, *op. cit.*, p. 114).

9. A arte de talhar pedras

A arte de talhar pedras é a metáfora da disciplina, atuando ao nível do detalhe, dentro do exercício constante e da coerção ininterrupta. O objetivo? A obediência por convicção.

Diz o Regulamento: "As reclusas devem obediência e respeito a todos os funcionários do estabelecimento, qualquer que seja a sua hierarquia e executarão suas ordens sem a mínima objeção."[32]

Foucault comenta esta característica da ordem: "A ordem não tem que ser explicada, nem mesmo formulada; é necessário e suficiente que provoque o comportamento desejado... a relação é de sinalização..." (FOUCAULT, M. *Vi-*

(28) Cap. II, arts. 5 e 6: 137-A.

(29) Cap. I, art. 3: 137-A.

(30) Cap. I, art. 2: 137-A.

(31) Cap. XVI, art. 76: 141-A.

(32) Cap. XV, art. 63, p. 141-A.

giar ..., op. cit., p. 149). A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo e essa onidisciplina deve ser incessante, no seu intuito da coação de uma educação total, atuando como um reformatório integral, como um claustro de transformação moral.

Se entendermos a disciplina como *uma anatomia política do detalhe*, poderemos começar a aproximar-nos da compreensão de algumas afirmações do Regulamento, assim como de seu aparentemente caótico ordenamento de infrações e punições.

10. Punição

Diz o regulamento que a punição "terá principalmente em consideração os efeitos da mesma, em suas funções reeducadoras, mais do que a exata equivalência da falta cometida."[33]

Esta afirmação casa-se perfeitamente com uma afirmação de Foucault sobre a arte de punir característica dos sistemas disciplinares e que relaciona a punição com a transformação do sujeito no sujeito obediente, assim como da punição com os mecanismos fundamentais desses sistemas: a vigilância, o registro, a construção de um saber sobre o indivíduo para transformá-lo. "A arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem à expiação, nem mesmo exatamente à repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir... Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a *natureza* dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida, a coação de uma conformidade a realizar" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 163).

Ou, dito de outra forma, o rigor punitivo não deve estar em proporção direta com a importância penal do ato condenado. Nem determinado uma vez por todas (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 218).

Não deve ser predominante a exata equivalência da punição com a falta cometida, nem esta deve estar de uma vez por todas determinada, pois trata-se de reeducação, de readaptação, de transformação. Trata-se da construção de um sujeito obediente. Este objetivo será atingido pela disciplinarização exaustiva, dentro de *uma microeconomia de uma penalidade perpétua.*

Essa microeconomia de uma penalidade perpétua pode jogar uma luz sobre o que encontramos quando verificamos a listagem das infrações, no Regulamento estudado. Havíamos chamado a atenção para o peso, para a ênfase dada a certos sinais exteriores como postura, gestos, olhares, linguagem: signos externos de um comportamento submisso? Recordemos: "... estão proibidos gestos de displicência, assim como dirigir a palavra aos visitantes, *ni hacer señales de inteligencia.*"

Esses signos exteriores de uma submissão conformam uma das exigências do sistema penitenciário desde seus inícios. Encontramos o seguinte comentário de Dostoievski, no livro já citado: "aún hoy hay que considerar que, en un forzado, toda manifestación de personalidad se considera un crimen"... (DOSTOIEVSKI. *Op. cit.*, p. 98). Diz também a respeito Jack Abbott: "Há uma maneira de *olhá-los* que eles interpretam como insulto deliberado. Costumam atirá-lo no buraco por olhar de maneira errada; chamam a isto um *olhar atravessado*" (ABBOTT. *Op. cit.*, p. 75).

Encontramos no Regulamento um castigo para a seguinte infração: "não obser-

(33) Cap. XIV, art 53, p. 146-A.

var compostura, nos gestos ou na linguagem, ao tratar com um funcionário".[34] Ouçamos a este respeito o comentário de Flávio Koutzii: "o ato de rir, ou de olhar direto nos olhos era imediatamente considerado uma provocação ou uma ironia e severamente reprimido. Ser prisioneiro significava em última análise, a subordinação total do corpo ao desejo do carcereiro: ele decide onde ponho meus braços, onde eu pouso meus olhos..." (KOUTZII, F. *Pedaços de morte no coração*. Porto Alegre : LPDM, 1984, p. 37).

Vimos aqui exemplos das infrapenalidades estabelecidas pela disciplina que "quadriculam o espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 159).

Será punido tudo o que for inadequado às regras internas, o campo indefinido do não-conforme (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 160), dentro de uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, do corpo, da sexualidade.

11. Novamente, a arte de talhar pedras

"A disciplina *fabrica* indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 153).

Daí a extrema importância da *vigilância* permanente e do *registro*. Já mencionamos o trabalho a ser desenvolvido pelos "engenheiros da conduta", descrito no Capítulo sobre "Pessoal de vigilância", "Vigilância no interior do estabelecimento, no capítulo sobre "Regime de comunicações e visitas" e no de "Procedimentos de admissão".

Temos a crescente importância do olhar: "já o olhar vai exigir muito pouca despesa. Sem necessitar de armas, violência física, coerções materiais. Apenas um olhar. Um olhar que vigie e que cada um, sentindo-o pesar sobre si acabará por internalizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá esta vigilância sobre e contra si mesmo" (FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 1979, p. 214).

Voltamos ao comentário de Dostoievski, sobre sua experiência na Sibéria em 1850: "lo más temible de él era su mirada de lince, a la que nada se podía ocultar. Veía incluso cuando no miraba...los forzados le llamaban 'ocho ojos'." Continuando mais um pouco, explica-nos o que era (é) objeto deste olhar, desta vigilância: "a veces, en plena noche, irrompía como una tromba en los dormitorios y, si veía a alguien sobre el lado izquierdo, al día seguinte lo castigaba. ... – Ya he dicho que se ha de dormir sobre el lado derecho!" (DOSTOIEVSKI. *Op. cit.*, 1973, p. 20).

Ou seja, todos os detalhes serão ou deverão ser vistos. Detalhes do corpo, do comportamento, os gestos, as falas, as relações, os agrupamentos, os hábitos cotidianos.

Outro aspecto importante é sobre o registro: os encarregados da vigilância "cuidarão que os informes sobre a conduta das reclusas... sejam o fiel reflexo de sua atuação no estabelecimento",[35] arquivando esses informes no livro de registro para "seguir sua contabilidade moral e servir de elementos de juízo na qualificação da conduta". Todo ato positivo, assim como toda sanção disciplinar, deverá ser registrado no expediente da reclusa, aos efeitos de sua classificação de conduta, de forma a que esses registros sirvam para seu manejo e segregação.

(34) Cap. XIV, art. 41, par.E :139-A.

(35) Cap. V, art. 16: 137-A.

"Anotar-se-ão todos os informes relacionados com as reclusas, anteriores e posteriores à sua detenção para confirmar sua história, devendo ser o mais precisa e completa possível."[36]

Estes exemplos dão conta do que Foucault chama de *classificação móvel das moralidades*. Portanto a prisão, lugar de execução de uma pena, revela-se também como um lugar de observação dos indivíduos punidos, de conhecimento de cada um, de suas "disposições profundas, de sua progressiva melhora." É o sistema de *conta moral* ou de contabilidade moral conforme mencionado pelo Regulamento. Parte-se da investigação biográfica, da recomposição da história anterior, para a construção da *periculosidade* de cada um que determinará seu ordenamento, sua classificação nos grupos. Trata-se da gestão da pena desenvolvida pela prisão, revelando a já mencionada autonomia relativa da mesma em relação ao judiciário, a *declaração de independência carcerária*.[37]

Pareceria que o que levantamos sobre o registro, sobre a contabilidade moral, leva-nos novamente ao que Foucault chamou de ponto ideal da penalidade, a disciplina infinita: "um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado.." (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 199). O objetivo? A construção do homem obediente.

12. O trabalho

Neste contexto podemos recuperar o que Foucault levanta sobre o trabalho penal, lembrando que este item aparece no Regulamento que estamos estudando *perdido* no capítulo sobre o "Regime de execução das penas", logo após a máxima que define o que deve ser entendido por *sistema ou normas de disciplina*. O artigo que trata sobre o trabalho dizia assim: "toda presa que se negue a cumprir um trabalho fixado sofrerá a sanção disciplinar estabelecida".

"O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade" (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 216). Como já assinalamos, o artigo que trata sobre o trabalho segue a reflexão que define a disciplina como tendo por objetivo *infundir* hábitos de ordem e reeducar a personalidade. Ou seja, sua utilidade "não é um lucro; nem mesmo a formação de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema de submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção"[38] (FOUCAULT, M. *Vigiar ..., op. cit.*, p. 217).

(36) Cap. V, art. 100, par.B, inc. 1: 142-A.

(37) FOUCAULT. *Vigia..., op. cit.*, p. 219. Encontramos, no Regulamento, um reflexo desta *declaração de independência carcerária*, de sua autonomia punitiva que vai acompanhada do *imperativo do segredo*. No capítulo sobre "Regime de comunicações e visitas" encontramos o seguinte artigo: "as reclusas não poderão, em suas comunicações escritas, usar signos ou palavras convencionais (*sic*) linguagem incorreta *nem fazer alusões ou emitir julgamento com relação ao regime interno ou ao pessoal do estabelecimento*, ou referir-se a assuntos que saiam dos termos pessoais de seu interesse ou de sua família" (Cap. XVII, art 93: 141-A).

(38) "Em sua concepção primitiva o trabalho penal não é o aprendizado deste ou daquele ofício, mas o aprendizado da própria virtude do trabalho. Trabalhar sem objetivo, trabalhar por trabalhar, deveria dar aos indivíduos a forma ideal do trabalhador" (FOUCAULT. *Microfísica..., op. cit.*, p. 133).

É portanto a visão do trabalho como o grande moralizador, como o exercício por excelência para a transformação dos homens (e das mulheres) indóceis. É o trabalho vazio, o trabalho-forma, o trabalho-ritual de submissão... "É um princípio de ordem e de regularidade; pelas exigências que lhe são próprias, veicula, de maneira insensível, as formas de um poder rigoroso; sujeita os corpos a movimentos regulares, exclui a agitação e a distração, impõe uma hierarquia e uma vigilância que serão ainda mais bem aceitas e penetrarão ainda mais profundamente no comportamento dos condenados, por fazerem parte de sua lógica" (FOUCAULT, M. *Vigiar ...*, *op. cit.*, p. 216).

Este trabalho alheio ou independente de sua utilidade, trabalho *puro*, trabalho pura sujeição, é assim comentado por Dostoievski: "Una vez se me ocurrió la idea de que, si se quiere aniquilar a un hombre, destrozarlo moralmente, castigarlo de un modo tan implacable que incluso el peor bandido tiemble ante semejante sanción, bastará dar a su tarea un carácter de cosa absurda y completamente inútil. Los trabajos forzados actuales no tienen, en verdad, ningún interés para los condenados... Si a ese mismo obrero se le dedica a pasar agua de un tonel a otro, y de este otra vez a aquel, o a triturar arena, o a transportar montones de tierra de un sitio a otro, para volver a llevarlos después adonde estaban al principio, yo creo que al cabo de unos días se ahorcará o cometerá mil atrocidades para que se le castigue con la muerte y librarse de semejante humillación... Todo trabajo impuesto por la fuerza tiene algo de tortura, de humillación, y por eso los trabajos forzados son incomparablemente más penosos que los demás" (DOSTOIEVSKI. *Op. cit.*, 1973: 31).

É o outro lado da questão, a apresentação do outro olhar, que retira a máscara do significado do trabalho penal e que nos introduz no mundo de violência que pode encontrar-se por trás do discurso de reeducação ou da transformação moral dos indivíduos oferecido pelas diversas instituições prisionais.

Podemos concluir, finalizando este estudo sobre o Regulamento, que este encaixa-se, sem novidades, dentro dos grandes marcos de teoria geral das prisões. Trata-se da transformação dos indivíduos, da criação do sujeito de obediência, sujeito às normas gerais e meticulosas de um poder qualquer, através de um sistema disciplinar exaustivo. Este sistema apoiar-se-á num conjunto de penalidades próprias, na vigilância e no registro permanentes. Tentará a construção de um saber individualizante sobre cada presa, que determinará a *arte das distribuições* ou o jogo de transformação-destruição do indivíduo aprisionado.

13. A outra visão: a construção de um saber resistente

13.1 Os objetivos da prisão

Tentaremos recuperar como foi visto esse labor de *reeducação moral*, como foi percebido esse *claustro de transformação* de que nos falou o Regulamento do EMR 2.

Uma primeira observação: inicialmente, não é percebida a função de transformação ativa, proposta explícita da prisão. Esta é pensada como depósito de presos, como um lugar retirado do mundo, de confinamento e de limitação, um lugar talvez de tédio, onde o indivíduo poderá continuar sendo ele mesmo, sem maiores interferências. "Yo en un principio, tenía la idea de que era como una espécie de depósito... no pensé en la cárcel como máquina de destrucción... que era como un depósito, no como en cierto modo que es una continuidad de mi interrogatório..."[39]

[39] Entrevista G, p. 5.

Não é imaginada a *redenção*, ou o arrependimento, a reeducação. Isto deve-se, talvez, ao momento inicial mais *liberal* do estabelecimento que já mencionamos e também às características peculiares da população que aí será recolhida.[40] Pessoas, mulheres, que não se colocam no lugar de *infratoras, delinqüentes, criminosas* ou, simplesmente, *culpadas*. Com haveria de funcionar a administração penitenciária se não houvesse *prisioneiro*?", comenta Henri Charriére.[41] Ou seja, se não houvesse alguém para colocar-se no lugar do prisioneiro, do *ser* prisioneiro, com a construção que isto sugere? Neste caso, o fato de tratar-se de uma prisão política marca uma diferença fundamental, pois esta tende a transformar-se em mais um momento da luta contra o regime de poder dominante, delimitando, em muitos casos, uma trincheira a mais na luta que vinha sendo desenvolvida. Os presos políticos permanecem tais, mesmo com os direitos políticos e civis cassados, mesmo que exista a tentativa de descaracterizar este fato.

Além disso chegava-se à prisão depois da fase de interrogatório e tortura nos quartéis e o afastamento desta situação limite gerava uma sensação de alívio: "mi impresión al llegar a la cárcel no fue nada siniestra, porque venía del cuartel y tampoco tenía conciencia de que allí me iba a tocar pasarme los doce años siguientes... Pensaba que era una situación bastante promisoria o mejor dicho, bastante transitoria..."[42]

"Creo que a esta altura los objetivos de los carceleros tampoco estaban claros, no? Ya habían intentado reventarnos en toda la etapa de los interrogatorios y estaban todavia muy metidos me parece en esa dinámica como para plantearse en serio el tema de la cárcel y qué hacer con toda esa cantidad de presos que tenían, no?"[43]

Quando se esclarecem os objetivos, estes aparecem vinculados ao fator tempo e ao fato político (sempre negado) que significa esta prisão: "algún día tendremos que soltarlos; debemos aprovechar el tiempo que nos queda para volverlos locos..." As prisões políticas não são feitas para durar, porém... aqui começa, propriamente falando, a prisão.

Seus objetivos? São descritos da seguinte forma pelas presas:

– "La vida en el penal está organizada para que el ser humano, en alguna forma, sea un ser obediente, no piense y no razone... trata de despersonalizarlo e impedir la creación de una vida propia... medio totalmente agresivo, donde el objetivo es que depongamos nuestras ideas y destruirnos como seres humanos."[44]

– "Esa cárcel, gran montaje devorador de sueños y raíces... poder omnipotente de la destrucción como método..."[45]

– "Destruir nuestra capacidad de pensar y de hacer, individual y colectivamente... desmoralizar, isolar, dividir..."[46]

– "Destruir a cada una de esas mujeres que osaron romper con los roles que la sociedad les impone... cosificarnos, sin nombre ni apellido, sólo un número en la espalda, otro adelante y un distintivo de color, coronado todo por una cabeza de pelo cortado..."[47]

(40) Gráficos a respeito em: Uruguay, nunca más: informe sobre la violación a los derechos humanos. 2. ed. SERPAJ.

(41) Citado por Maria José de Queiroz, 1980, p. 127.

(42) Entrevista A, p. 1.

(43) Entrevista A, p. 1.

(44) El arte en la cárcel. *La Hora Cultural*. Montevidéu, 19.09.1984, p. 13.

(45) La sal de la tierra. *Cotidiano Muju*. Montevidéu, nov. 1985, ano 1, n. 3, p. 10.

(46) Entrevista N.

(47) FABBRI, L. *Qué diré de la cárcel*. CIC, 1989, v. 5 (Coleção Escrito de la cárcel), p. 1.

– "Lo que se intentó fue lograr una despersonalización de cada una de nosotras, una pérdida de identidad... lograr una imagen pareja, homogenea, masificada... convertir el cuerpo tambien en una cárcel..."[48]

– "La despersonalización del individuo, el sometimiento que dado en lo psíquico implica la anulación del ser pensante (en este caso del militante político); el desequilibrio psíquico y la autoeliminación... la internalización de la acción represiva..."[49]

– "Aqui no se trata de tu recuperación ni nada. Se trata de que vos obedezcas órdenes...."[50]

– "El objetivo de la destrucción era un objetivo de ellos y quizás también el aspecto laboratório..."[51]

De todas as falas expostas, podemos sintetizar o seguinte:

Perseguia-se a criação do sujeito obediente, submisso, sem pensamento nem ação próprios, sem vida própria. Para tanto concorreram os métodos de despersonalização, o ataque à identidade, a massificação, a desmoralização, o isolamento, a insegurança e a agressão constante. A criação desse sujeito obediente é vista como um labor de destruição, de aniquilamento do ser humano e do ser político.

A percepção é de que trata-se de uma guerra. "Meus companheiros e eu vivíamos sob um código inflexível, contudo, era um código de sobrevivência. Sobrevivência da dignidade e da sanidade. Se não o conseguíssemos, certamente seríamos completamente destruídos" (ABBOTT. 1982, p. 86).

(48) Entrevista J, p. 26.

(49) MACIEL, L. *El rol de los sueños en la vida de los presos*. Monografia, 1989, p. 8-12.

(50) Entrevista A, p. 5.

(51) Entrevista G, p. 6.

14. Regulamento

"Eu julgava que duas obras-primas concentravam a experiência milenar dos homens no campo da organização da massa: o manual do cabo e o catecismo católico. Estou certo que cabe acrescentar, se bem que num campo mais restrito e de caráter excepcional, o regulamento carcerário, que encerra verdadeiros tesouros de introspecção psicológica."[52]

Apoiamos e admiramos a irônica perspicácia de Gramsci nesta passagem, pois revela-nos os antecedentes do tipo de Regulamento que estudamos: a tradição monástica e a tradição militar. O regulamento penitenciário mostra-nos as formas gerais e minuciosas do poder prisional, disciplinar, em busca de seu objetivo principal, *esse ser meio louco*, no dizer de Dostoievski, e esse ser obediente por convicção, no dizer oficial. Banal e brutal, são os adjetivos que lhe cabem.

Recuperaremos, para iniciar a discussão sobre o Regulamento, um depoimento sobre a prisão masculina, o EMR 1, Penal de *libertad*: "mierda de Penal, la inseguridad total; por algo Kafka se procuró un castillo y una autoridad y la arbitrariedad y lo imprevisible, todo bien enmarcado por una barahunda de normas y reglamentos y funcionarios, donde nada se puede asir."[53]

Regras, normas meticulosas, detalhes, a arbitrariedade e o caos, a insegurança, a sensação de algo que envolve fortemente e ao mesmo tempo "no se puede asir", escapa das mãos, escorrega, água, vento. Comenta a respeito Jack Abbott: "Imagine mil outras intromissões diárias

(52) GRAMSCI, Carta a Tânia, Milão, 11.04.1927, citado por Maria José de Queiroz, 1980, p. 55.

(53) BERMEJO, González. *Las manos en el fuego*. Montevidéu : Banda Oriental, 1985, p. 73.

em sua vida, a cada hora e minuto de cada dia, e você poderá entender a origem desta paranóia, este ódio que poderia me consumir a qualquer momento, se eu perdesse o controle"[54] (ABBOTT. 1982, p. 25).

A descrição que nos traz Jack Abbott da *Besta* coincide com a que nos traz González Bermejo da *Besta fria,* que foi a prisão política de *Libertad.* Para sobreviver a essas *bestas* foi necessário agüentar as mil intromissões cotidianas e "quien sabe?40 movimientos prohibidos, 70 movimientos que requieren autorización, infinitos que no están reglamentados... esas normas cambian, se superponen, se contradicen... qué es loque *no* nos tienen prohibido? Prohibidas sonrisas, gestos, ademanes; los presos no podemos saludarnos ni hablar – salvo con el compañero de celda o con otro durante el recreo; si un miembro de las FFAA no lo autoriza expresamente, no podemos dirigirle la palabra, hacerle una sugerencia o pedirle una explicación; manos atrás cuando estamos parados o caminando fuera de la celda; posición de firme, incluso en el recreo, cuando nos habla un miembro de las FFAA... no nos está permitido silbar, cantar, fumar en formación, caminar rápido, levantarnos de noche, acostarnos de dia; tenemos prohibido dibujar una paloma, una rosa, una estrella; prohibido grabar en un medallón un hombre y una mujer, una mujer encinta, una madre con un niño en brazos... a un milico no se le puede mirar a la cara: es "provocación al personal militar..."[55]

"Inúmeras são as proibições... infindáveis e insensatos são os rituais obrigatórios..." diz Primo Levi, em seu relato sobre o campo de concentração.[56]

Dizem as mulheres, sobre o regulamento do EMR 2:

– "No hable, no mire, no ria, no cante, no llore, no piense, no sienta... no dibuje caballos, ni flores de cinco pétalos, ni tortugas que van lento pero llegan. No use color rojo ni rosado, ni bordó, ni rojo-azul y blanco... no hable francés, inglés, portugués ni jerigoza, porque son "idiomas" y está prohibido "hablar en idioma", sólo se puede hablar en español... El reino de la prohibición."[57]

O Regulamento é visto como um instrumento que visa à submissão: as ordens que aí estão contidas não respondem a qualquer tipo de lógica e não são necessariamente explicadas ou explicáveis: "Su objetivo es anular la capacidad de decisión del detenido y doblegarlo por el temor."[58]

O Regulamento é "un andamiaje sofisticadamente construído"[59] para a destruição da história pessoal e das particularidades de cada uma.

Portanto, essa visão determinava uma atitude frente ao regulamento, que retoma a discussão da relação entre obediência-resistência e sobrevivência. Vejamos: – "Había un determinado marco... como que reconocíamos el hecho de estar presas... frente al orden disciplinario había, por un lado, yo pienso que no se aceptaba, que se cumplía como por razones de fuerza y... a medida que fue avanzando el tiempo... como que ese orden disciplinario era cada vez menos cumplido... Porque el reglamento era

(54) ABBOTT, Jack, *op. cit.*, 1982, p. 25.

(55) BERMEJO, González, *op. cit.*, 1985, p. 53.

(56) LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro : Rocco, 1988, p. 32.

(57) FABBRI, *Qué diré..., op. cit.*, 1989, p. 2.

(58) Informe sobre el Establecimiento Militar de Reclusión 2, diciembre de 1982, exemplar mimeo. Maria José de Queiroz, citando Soljenitsin diz: "o sistema carcerário cultiva, com caprichosa minúcia, leis, decretos, estatutos, códigos e regras com vista a cercear, coibir, amesquinhar. Tudo se proíbe. Para humilhar, aviltar, destruir," 1980, p. 95.

(59) La sal de la tierra, *op. cit.*, 1985, p. 10.

violado permanentemente... era tan estricto que era imposible cumplirlo..."[60]

São quase as mesmas palavras que encontramos quando pensamos nas relações entre a resistência-sobrevivência na experiência dos campos de concentração. É a questão dos limites possíveis, da sutileza essencial entre aceitar-cumprir. Dizia Bruno Bettelheim: "era necessário obedecer para sobreviver, mas mantendo a consciência de que se obedecia para permanecer vivo inalterado como pessoa."[61]

Era necessário aceitar o grande marco, reconhecer o limite real dado pela prisão, pelo estar prisioneiro. Era importantíssimo informar-se e reconhecer, naquela guerra, a existência de uma correlação de forças real – e modificável. Porém, essa obediência não implicava uma aceitação: jogava-se, aí também, com a última opção possível, a da *recusa do consentimento* de que nos falava Primo Levi.[62] Ao mesmo tempo, a necessidade da sobrevivência colocava a questão da desobediência necessária: "era impossível obedecer a todas as ordens e proibições se se desejava sobreviver."[63]

Trabalhando com o Regulamento encontramos um capítulo do mesmo que versava sobre os deveres e as faculdades das presas no EMR 2. Questionamos essa palavra *faculdades*, que aparece como uma substituta da clássica e bem conhecida palavra *direitos*. Agora já podemos afirmar com mais certeza a não-casualidade dessa troca e que o Regulamento, através dessa substituição, realmente quer deixar patente a suspensão dos direitos. "Incluso, una vez, me acuerdo una conversación de una compañera con un oficial que dijo: "no sé si tienen derecho a la vida siquiera..."[64]

O tema dos direitos, em oposição ao Regulamento, aparece várias vezes nas entrevistas. Este é visto como poderosamente arbitrário, negando qualquer margem de direitos. "No sólo la inseguridad física, adónde iba a estar uno, el disponer ellos totalmente, hasta el no tener derecho a nada, el saber que no teníamos reconocido ningún derecho."[65]

"Vos ahí no tenías derecho, no? Sino que eran obligaciones y transgredirlas... estaba el aspecto represivo..."[66] Porém "como que el derecho, nosotras lo sentíamos adentro..."[67]

Dentro deste contexto, como foi visto o Trabalho Penal? "Dieron vuelta totalmente el papel que hasta ese momento jugaba el trabajo. Lo hicieron obligatório con jornadas larguísimas. Nos sacaban a trabajar, además, en un trabajo totalmente improductivo. La cuestión era además explícita, de pasarnos toda una mañana reacomodando piedritas en un campo, o de salir a levantar papeles contra el viento. La cuestión era ejercer la dominación através de esos mecanismos, no?"[68] O trabalho, puro exercício de dominação.

Penso que nestas páginas foi possível traçar os contornos da construção de um saber sobre a instituição prisional – o EMR 2 – do ponto de vista das mulheres que aí estiveram. Tratou-se da percepção dos objetivos da instituição e de alguns caminhos utilizados para a realização dos mesmos.

É preciso explicar a importância desse *coração informado*? Se a instituição,

(60) Entrevista G, p. 7 e 13.

(61) BETTELHEIM. *O coração..., op. cit.*, 1985, p. 127. Ou "aqui, para no quebrarse, hay que doblegarse. O sea, hay que de alguna manera adaptarse" (entrevista JP, EMR 1, p. 5).

(62) LEVI. *É isto..., op. cit.*, p. 39.

(63) BETTELHEIM. *O coração..., op. cit.*, p. 166.

(64) Entrevista G, p. 13. El forzado no tiene nada propio: Dostoievski, *op. cit.*, p. 335.

(65) Entrevista G, p. 13.

(66) Entrevista C, p. 7.

(67) Entrevista G, p. 13.

(68) Entrevista A, p. 5.

através da vigilância e do registro, cria um saber sobre os presos, estes criam um saber sobre a instituição para poder enfrentá-la. "Y la forma de resistir es esto mismo: no dejar de pensar; todo: lo minucioso del inmediatísimo, lo grande del después; estar irrevocablemente seguro de cuál es la meta, cuál es el camino y cuáles los pasos. Seguro de lo que querés, finalmente, o por lo menos, de lo que no querés, de lo que no podés ni vas a tolerar aunque vengan degollando..."[69]

O pensamento, a informação, aparecem como essenciais, para decidir sua posição, ou, talvez ainda mais fundamental, qual é o limite, seu "ponto sem retorno, o ponto além do qual nunca, sob circunstância alguma, se cederia ao opressor, mesmo que isso significasse arriscar-se ou perder a vida."[70]

Coração informado, construção de um saber ou o exercício, em contraposição ao olhar vigilante e vertical, de um outro olhar, um contra-olhar, horizontal e solidário, também poderoso. Olhar que capte o detalhe, sem perder de vista o horizonte. "Se hizo presente la inevitable necesidad de elaborar permanentemente la realidad como parte de la história social del grupo, que en este caso formó parte de la historia social y política del país."[71]

Encontrar, por meio deste coração informado, uma linguagem própria que superasse os silêncios impostos, que fosse "la contracara del gris silencio con el que quisieron cubrirnos."[72] Que, no caso da prisão de mulheres significou aprender e conquistar espaços novos: "Para nosotras era una cuestión fundamental no perder la capacidad de pensar, de elaborar, incluso adquirirla, porque como buenas mujeres que éramos, apesar de que todas habíamos largado nuestro 'grito de Ipiranga' y por algo estábamos presas, no teníamos, en su mayoria, la capacidad de 'hacer' política, como todas las mujeres que actuan en procesos políticos. Más bien, en nuestra vida habíamos sido encargadas de llevar adelante una política hecha por los hombres. En la cárcel nosotras tuvimos que 'hacer' política, que trazar nuestra própia estrategia contra el enemigo, luchar contra él, pero pensando, elaborando nuestra táctica... tuvimos que plantear las perspectivas de la cárcel a partir de un momento exterior prácticamente desconocido..."[73]

Do detalhe da recuperação cotidiana e minúscula dos *pequenos* ataques à identidade, às generalidades do acontecer político global. Da delimitação do fazer possível à delimitação do limite do consentimento. "Y esta lucha fue cotidiana como es la lucha del trabajador por el pan de cada dia".[74]

Resistência, portanto, geral e minuciosa como o poder que a contextualiza, global e fragmentada, cotidiana e contínua. Vinculada aos limites da obediência. Guerra, explicitada na terminologia usada: luta, inimigo, estratégia, tática, ataques, defesa. Resistência que implica a "inevitável necessidade" de construir-se sobre um saber que a fundamente. Que tem como sentido global "seguir siendo un ser humano digno, en crearse una forma de vida que de alguna manera genere belleza, genere libertad y genere solidaridad con el resto de las compañera".[75]

Que surge como inevitável necessidade, pois "pienso que la resistência existe en todos lados, a todas y distintas formas de opresión o de obligar a alguien a hacer

(69) BERMEJO, *op. cit.*, p. 20.

(70) BETTELHEIM, *op. cit.*, p. 127.

(71) MACIEL, Lia. *Grupos operativos naturales.* Monografia, 1987, p. 4.

(72) Escritos de la cárcel. Centro de Integración Cultural. Montevidéu, CIC, 1986, v. 1, p. 3.

(73) Depoimento Jessie Macchi: 36, *mimeo.*

(74) FABBRI. *Op. cit.*, p. 1.

(75) El arte en la cárcel, *op. cit.*, p. 13.

lo que no quiere hacer..."[76] Que surge, pois trata-se da *primordial tarea de sobrevivir*,[77] de *recuperar nuestra propia imagen*,[78] de defender seu espaço (ou inventá-lo): "creo que siempre defendí mi espacio, no?... Y hablo de defensa porque había que defenderlo. Te copaban..."[79]

Sintetizando, resistência e sobrevivência, resistência como *inevitável necessidade*, resistência como defesa, como recuperação de si. Autonomia.

15. A resistência cotidiana: não houve trégua, não houve descanso

"Ese andamiaje sofisticadamente construído saltaba por los aires cada vez que su sistema de control obsesivo sobre nuestra vida cotidiana se demonstraba incapaz de contener la energia de cientos de molinos incansables... Muchas veces sentimos que *ellos* estaban derrotados."[80] Pois o conhecimento necessário e imprescindível sustentava justamente isto: a luta cotidiana e minúscula das recuperações de si e da construção da solidariedade horizontal.

"No hay reglamento que resista a la obstinación del preso: concentra todas las energias en un punto y tiene todo el tiempo por delante; irresistible política de millones de gotas de agua, cayendo una a una."[81]

Se o Regulamento, o sistema de normas disciplinares tenta conter *tudo*, estabelecendo esse sistema descrito como sendo de controle obsessivo sobre a vida cotidiana, o conteúdo dos atos resistentes responderá, de certa forma a este fato, dentro das possibilidades advindas da percepção da correlação de forças existente. Relembrando, contudo, mais uma vez, que a resistência não é reflexo, não é oposto: é, mais própriamente falando, um espaço de possibilidades, um espaço de ruptura da regra do jogo, da lógica do sistema. Não implica apenas resposta, reação: implica quebra, em criação. Um espaço-capacidade, estreitamente vinculado à autonomia enquanto desenvolvimento de uma lei própria, individual ou grupal. Sem que este movimento signifique necessariamente a *grande ruptura* ou a *grande recusa*, apesar de que possa conter a sua promessa. Sem que signifique que não carregue ambigüidades, que seja *pura*; resistências possíveis, necessárias, improváveis, espontâneas, selvagens, solitárias, planejadas, solidárias, irreconciliáveis, prontas ao compromisso...

"En permanente lucha contra la despersonalización, qué quiere decir? Quiere decir que todo aquello que el enemigo nos colocaba como un elemento para quitarnos todo tipo de identidad... tratábamos de transformarlo y de convertirlo en eso, precisamente,'un elemento de identidad'. Así llegamos a la conclusión que no habían dos uniformes iguales; cada uno tenía su arreglo, su corte... los colores eran un elemento fundamental para nosotras y a pesar de la prohibición, intentábamos de todas formas incluirlo en todo... el elemento que despejara el gris... Y ahí entramos en un tema que tambien fue muy importante: el valor que tuvo para nosotras la limpieza y el planchado; era una forma de resistir a lo negro, lo sucio... dentro de la cárcel el aspecto físico nunca se descuidó porque era otro aspecto de nuestra resistencia, nos estábamos defendiendo contra un ataque a nuestro cuerpo también..."[82]

Recordamos imediatamente uma passagem de Primo Levi: "devemos nos

(76) Entrevista G, p. 17.

(77) MACIEL. *Grupos...*, *op. cit.*, p. 3.

(78) Entrevista A, p. 2.

(79) Entrevista A, p. 6.

(80) La sal de la tierra, *op. cit.*, p. 10.

(81) BERMEJO. *Op. cit.*, p. 62.

(82) Depoimento J, p. 30-31.

lavar, sim... devemos marchar eretos, sem arrastar os pés, não em homenagem à disciplina prussiana, e sim para continuarmos vivos, para não começarmos a morrer..."[83]

É a *vocação comunicativa* contra a incomunicação, "el hartazgo del silencio y la mordaza",[84] é a sutileza da fala que desafia, que ironiza: "como no, sargento, encantado! – dije. Lo dije con un zumbido amable irónico, imposible de tomar por aduloneria, pero sin dejar mucho espacio, tampoco, para la sanción...",[85] é o risco na pintura dos vidros que bloqueia as janelas e tenta impedir o horizonte, o buraco nas madeiras que as fecham.

É o espaço do trabalho próprio, pessoal, significativo e fundamental contra o trabalho forma, sujeição, contra o trabalho vazio. Trabalho pleno, criação e comunicação, no grupo e para o mundo. Trabalho manual e intelectual, estudo, troca, física, inglês, tricô e política, matemática, teatro, literatura, canto, conversas. Um mundo intenso, um tempo intenso, tenso. É a "cultura activa de los prisioneros... porque donde había un hombre había creación y donde había un hombre viviendo-creando había resistencia. Y entonces la palabra escrita, bordada, pintada, modelada, esculpida, musicalizada, la palabra corporal siguió cumpliendo su cometido original, de comunicarnos...."[86]

16. Epílogo

O EMR 2 foi uma prisão política que durou doze anos. As prisões políticas não são feitas para durar... Porém, como se mede um dia, um ano, dez anos, doze anos de vida na prisão que descrevemos? "Hoy fue otro de los días que parecen dos o tres, o quién sabe cuántos..."[87]

O tempo na prisão, como é ele elaborado, é tempo morto, parênteses na vida, suspensão, monotonia, intensidade dramática? Tempo vazio, tempo pleno, tempo alerta? O tempo expropriado, o tempo controlado de fora, a rotina imposta é um *nada* que transcorre lentamente ou é um tempo preenchido pela angústia das recuperações e das lutas? "Parece que era una cosa muy lenta en el princípio; cosa que después fue como un bólido que pasó, no?"[88]

"Rutina de días presos
extraño tiempo indefinido
donde los días son años
y los años en un día contenidos."[89]

Eses dias presos terminam no dia 04.03.1985.Nos últimos meses desta prisão, com a mudança da situação externa e da correlação de forças interna (criada, não dada, conquistada, planejada, coletiva, resolvida e decidida) desenvolve-se um aumento impressionante da resistência interna. Todas as normas, todas as regras foram sistematicamente rejeitadas, recusadas. Da negativa ao trabalho à negativa ao uso do uniforme, às saudações, cantos e gritos que marcam o fim da incomunicação interna e externa, que marcam o fim do silencio: "Era el hartazgo del silencio y la mordaza, era la

(83) LEVI. *É isto...*, *op. cit.*, p. 39.

(84) Bitácoras del final, CIC, 1988, v. 3 (Coleção La Narrativa de los presos políticos), p. 17.

(85) BERMEJO. *Op. cit.*, p. 16.

(86) Escritos de la cárcel, *op. cit.*, p. 8.

(87) Bitácoras del final, *op. cit.*, p. 31.

(88) Entrevista G, p. 12. É a mesma impressão que nos comunica David Campora no livro citado de González Bermejo: "los años pasan lentos, interminables, reja por reja, pero la cana es un ratito" (BERMEJO, 1985, p. 71).

(89) Poema colectivo contra la cárcel grande. In: Colección Escritos de la cárcel. 1986. p. 12.

pérdida del miedo. Era el fin de una década de cárcel."[90]

Cabe terminar este pequeno estudo lembrando que o compromisso básico deste trabalho envolve a luta pelo arranjo das coisas do mundo de modo a que os universos concentracionários não nos dominem. Ou, como diria Foucault: "Portanto, se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será ou não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, através da colocação de novas objetividades" (FOUCAULT, M. *Vijiar...*, *op. cit.*, p. 268).

17. Bibliografia

ABBOTT, Jack. *No ventre da besta.* Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1982.

BERMEJO, Ernesto González. *Las manos en el fuego.* Montevidéu : Banda Oriental, 1985.

BETTELHEIM, Bruno. *O coração informado.* Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1985.

———. *Sobrevivência e outros estudos.* Porto Alegre : Artes Médicas, 1989.

DOSTOIEVSKI, Fedor. *Recuerdos de la casa de los muertos.* Barcelona : Juventud, 1973.

FABBRI, Lucia. *Qué diré de la cárcel.* Ed. CIC, 1989, v. 5. Coleção Escritos de la cárcel.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro : Graal, 1979.

———. *Vigiar e punir.* Rio de Janeiro : Vozes, 1984.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* São Paulo : Perspectiva, 1975.

GRAMSCI, Antonio. Escritos políticos III (de *Cuadernos de la Cárcel*) In: PORTANTIERO. Juan Carlos (org) Los usos de Gramsci. México : Pasado y Presente, 1977.

KOUTZII, Flávio. *Pedaços de morte no coração.* Porto Alegre : LP&M, 1984.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro : Rocco, 1988.

———. *Afogados e Sobreviventes.* Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1990.

MACIEL, Lia. *Grupos operativos naturales.* Monografia, 1987.

———. *El rol de los sueños en la vida de los presos.* Monografia, 1987.

QUEIROZ, Maria José de. *A literatura encarcerada.* Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1980.

Documentos e publicações coletivas:

Uruguay: seguridad nacional y cárceles políticas. IEPALA-Instituto de Estudios para AL y Africa, Madri, 1984.

Comisión autocrítica del Penal de Libertad: informe consenso. Uruguai, 1985.

Colectivo EMR 1, Uruguai, 1985.

Regulamento del EMR 2, DO Montevidéu, 03.07.1973, Ministério de Defesa Nacional.

Normas disciplinarias a cumplir por los reclusos. EMR 1, Sec. Celdário, Mojón 301, abr. 1983.

El arte en la cárcel. *La Hora Cultural,* Montevidéu, 19.09.1984.

La sal de la tierra. *Cotidiano Mujer,* Montevidéu, nov.1985 ano 1, n. 3.

Escritos de la cárcel. Centro de Integración Cultural, Montevidéu, CIC, 1986, v. 1.

Bitácoras del final. Coleção la narrativa de los presos políticos. CIC, 1988, v. III.

(90) Bitácoras del final, *op. cit.*, 17.

7 – SOCIOLOGIA JURÍDICA

EM BUSCA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA *

VÍTOR FERREIRA GUIMARÃES

"Criar uma nova cultura não significa apenas fazer individualmente descobertas originais, significa também, e sobretudo, difundir criticamente verdades já descobertas, socializá-las, por assim dizer; transformá-las, portanto, em bases de ações vitais, em elemento de coordenação e de ordem intelectual e moral". Gramsci.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Experiência de assessoria jurídica no CDHEP/CL – 3. Grupo de estudo jurídico – 4. Curso de formação de orientadores jurídico-popular de Campo Limpo (SP) – 5. Justificativa – 6. Objetivo geral do curso – 7. Desenvolvimento – 8. Duração e conteúdo do curso – 9. Metodologia – 10. Avaliação – 11. Desenvolvimento do estudo – 12. Metodologia – 13. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho é fruto de uma experiência de Assessoria Jurídica aos Movimentos Populares, prestada pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo.

Sempre foi um problema para as ONGs a questão do Direito, o mesmo não é para os profissionais, pois estes acreditam que a assistência jurídica tradicional prestada à população é a maneira mais adequada de assessorar.

Entretanto, o CDHEP/CL, após uma boa reflexão, concluiu que deveria dar uma nova forma de desenvolver o trabalho referente à questão do Direito, e esta nova maneira de compreender e trabalhar a questão do Direito está descrita neste trabalho.

Esperamos que o presente sirva de base de reflexão do Direito em busca do exercício da cidadania.

(*) Curso de formação de orientadores da cidadania.

2. Experiência de assessoria jurídica no CDHEP/CL

Dada a problemática socioeconômica em que vive a população de Campo Limpo (SP), as lideranças do Movimento Popular, como também o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo são procurados para prestarem orientação nos aspectos jurídicos.

Diante da falta de profissionais especializados no que refere à questão jurídica, muitas vezes as lideranças são chamadas, mas sentem-se inseguranças na prestação dessas orientações, às vezes por falta de capacitação nestes assuntos específicos, ficando a população quase sempre sem obter estes serviços.

Ainda, pela distância existente entre os órgãos institucionais que prestam serviços jurídicos e a população, levando a população a não compreender o funcionamento do Poder Judiciário, como também, não entender as leis, e, ainda, não compreender por que o Direito (leis) não conduz à justiça.

A partir desta análise, consideramos que é importante criar uma nova maneira de prestar serviços jurídicos aos movimentos populares, levando em conta a realidade vivenciada pelo Movimento Popular e a população em geral.

Esta proposta de assessoria jurídica não deve ter um caráter de solução dos problemas emergentes, porém deve centrar seu esforço na formação das lideranças sobre as questões referentes ao Direito, a fim de construir uma sociedade onde prevaleçam os valores de justiça e cidadania.

Para realização desta atividade de assessoria se faz necessário que todos os agentes: lideranças, assessores etc., tornem-se atores na construção de um novo pensar jurídico onde, sem dúvida alguma, passaremos de meros objetos a sujeitos da construção da história.

Esta atividade vai exigir um compromisso dos atores envolvidos para conseguir alcançar os objetivos propostos, ou seja, capacitação e formação para o exercício da cidadania.

Portanto, é importante a organização de Grupos de Estudo Jurídico, formado por lideranças do Movimento Popular, comprometidos com uma programação organizada coletivamente com todos os participantes.

O estudo feito em grupo deverá refletir a realidade em que estamos inseridos, fazendo uma análise das vivências e condutas manifestadas pelas pessoas, buscando a compreensão e a valorização destas.

3. Grupo de estudo jurídico

A partir de um seminário realizado em maio de 1993, denominado *Direito ao Alcance de Todos*, consideramos importante organizar um pequeno grupo de estudo. Este grupo foi chamado de *Grupo de Estudo Jurídico*, formado por lideranças do Movimento Popular e o CDHEP.

Este grupo reunia 20 (vinte) pessoas, com objetivo de refletir sobre as questões de Direito apresentadas no meio da população.

As reuniões de estudo eram realizadas uma vez por mês. A partir deste trabalho, originou-se o planejamento que encontra-se em desenvolvimento:

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO SITUACIONAL – PES

Momento Explicativo

Ator	Projeto	Problemas	Problema Central
		Dificuldade financeira dos movimentos para custear os serviços jurídicos	
		Poucas lideranças para os diversos trabalhos desenvolvidos	Desconhecimento por parte da população em geral e dos movimentos populares da importância do Estado e suas funções
		O Estado é inoperante nas realizações de suas funções	
CDHEP e grupo de estudo jurídico	Capacitar lideranças dos movimentos populares com conhecimentos jurídicos a fim de melhorar as lutas	Desconhecimento do funcionamento da instituição denominada poder jurídico	

Ator	Projeto	Problemas	Problema Central
		O Estado não incorporado na vida da população	
		Descrédito da população no direito como fonte de vida e justiça	
		Falta de vontade política das lideranças em aprofundar o conhecimento das questões jurídicas	
		Individualismo	
		Agressão institucional (delegacia e outros)	
		Grande índice de violência	

Momento Explicativo

Descritores	Causas	Conseqüências	Nós críticos
		Justiça com as próprias mãos (1)	
Pouca procura do poder judiciário	Pouca atuação do Estado na prestação de serviços (i)	Apatia à questão política (1, 2)	Comodismo
Insegurança e medo da população		Abuso de poderes (2)	Pouca formação jurídica para as lideranças dos movimentos populares e comunitários
Insegurança e medo da população	Centralização do Estado nas mãos das elites (ii)	Parasitismo do Estado (2)	
Elevado índice de analfabetismo		Disputa e individualismo (3)	
Inexistência de programa de educação para a cidadania	Não-priorização de um projeto político do movimento popular (iii)	Oportunismo, ativismo, desgaste etc. (3)	Dispersão de energia
		Indignação (4)	
Omissão do Estado	Pouca representação popular nas instituições de decisão e execução dos serviços públicos (iv)	Descrédito (4)	Agressividade
Não sabemos quando ingressar com a ação ou processo na justiça		Revolta da população	
		Aumento da miséria e violência (4, 3)	Medo e insegurança

Momento Normativo

Descritores de resultados	Atividades	Operações	Recursos
Descritores de resultados	Orientação jurídica à população (1)	Convênio com faculdades de direito para termos estagiários assessorando os movimentos populares	
	Divulgar os serviços da assistência judiciária (2)	Noite de "tirar dúvidas" com estudantes de direito (1)	Humanos
Segurança e tranqüilidade da população	Maior divulgação dos direitos humanos (3)	Contatos com advogados da região (2)	Financeiro
Alfabetização da população	Formulação de política de segurança pública (4)	Programa de formação para a cidadania (7)	Material
Atuação do Estado	Fazer uma ampla campanha de alfabetização para adultos e adolescentes (6)	Desarmamento da população	
	Contratos com firmas para introduzir cursos de alfabetização	Pesquisa dos problemas jurídicos (3)	Cognitivo
Programas educacionais para o exercício da cidadania	Divulgar a função e dever do Estado (7)	Contatos com juízes, promotores e delegados democráticos (5)	Físico
	CDHEP ir à escolas para desenvolver atividades de educação para a cidadania (8)	Elaboração de subsídios populares (4)	
	Educação política para os movimentos (9)	Discussão e elaboração de um projeto de segurança pública (6)	

Momento Estratégico

Outros atores		Recursos	
Aliados	Adversários	Temos	Faltam
Movimento popular e Cebs	Partidos políticos conservadores	Humano	cognitivos
Partidos políticos progressistas	Profissionais do direito elitizados	Infra-estrutura	Didáticos
Dep. Elói Pietá	Situação econômica da população	Econômicos	
Ass. dos juízes para democracia	Meios de comunicação social	Materiais	
Mov. nac. dos direitos humanos	Medo e insegurança		

Momento Tático-Operacional

Atividades	Operações	Prazo	Responsáveis	Resultados
1. Orientação jurídica à população	1. Convênio com Faculdade de Direito	15.04.1995	C D	Presença de estagiários junto ao movimento popular
	1.B – Contato com advogados da região	15.03.1995	H E	Advogados voluntários atuando junto ao movimento popular
2. Divulgação dos serviços de Assistência Jurídica	1.C – "Tirar dúvidas"	Iniciar na 1.ª quinzena de abril/95	P	
	2. Pesquisa dos problemas jurídicos na região	Até 15.07.1995		Responder às dúvidas sobre questões jurídicas
3. Maior divulgação dos direitos dos (as) cidadãos (ãs)	3. Elaboração de subsídio popular para orientação jurídica	Até final de out./95		Relacionar os problemas mais comuns e buscar soluções
				Conscientizar e exigir o cumprimento dos direitos humanos
4. Formulação de política para segurança pública	4.A – Contato com juízes e delegados democráticos e outros órgãos	MÉDIO PRAZO	C D	Consolidar a aliança e os aliados na busca de solução para a questão da segurança pública
	4.B – Discussão e elaboração de política de segurança pública		H E P	Combate à violência
5. Divulgar a função e dever do Estado	5.A – Elaboração de um programa de formação para a cidadania			Conscientizar a população sobre os direitos humanos
6. Educação política para os movimentos populares	5.B – Apresentar um programa de formação para a cidadania nas escolas			Motivar a Adm. escolar e professores pela questão dos direitos humanos
	6.A – Programa de geração de rendas			Possibilitar às lideranças acesso às subvenções pública e privada
	6.B – Captação de recursos público e privado			

4. Curso de formação de orientadores jurídico-popular de Campo Limpo (SP)

Diagnóstico da realidade:

O Movimento Popular de Campo Limpo (SP) se apresenta das mais variadas formas de organização, como: moradia (43 movimentos), mulheres, negros, creche, saúde, transporte, favela, SABs, educação e cidadania (combate à fome), todos fazendo parte da Central de Movimento Popular de Campo Limpo (SP). Isto demonstra a força e a vontade política em organizar a população nas lutas em busca de melhorias de condições de vida, bem como contribuir com a construção de uma sociedade mais justa.

O Movimento Popular da Região de Campo Limpo (SP), tem-se caracterizado pela sua consciência política e a capacidade reivindicatória de melhoria de condições (creche, moradia, serviço público etc.) de vida para a população que faz parte dos movimentos.

Além deste crescimento no processo organizativo, o Movimento tem demonstrado a intervenção junto aos poderes constituídos, apresentando várias reivindicações, principalmente no setor habitacional, e gerenciamento de construção de habitação popular pelo sistema de mutirão.

Em contrapartida, percebemos que o Movimento Popular tem uma profunda carência no que diz respeito às questões legais, pouco conhecimento jurídico, poucos profissionais do Direito comprometidos com a causa popular, muita dependência de colaboradores desta área, tornando-se difícil para o Movimento a realização de negociações junto aos poderes.

O Movimento Popular reclama insistentemente uma Assessoria jurídica mais sistemática, nos momentos de negociação com os poderes institucionais, bem como uma formação continuada neste aspecto.

Diante desta realidade, pretendemos desenvolver um Curso de Formação de Orientadores Jurídico-Popular. Pretendemos contar com colaboradores que querem contribuir com a construção de uma nova cultura da cidadania, baseada nos princípios e valores universais, como: democracia, solidariedade, respeito, liberdade etc.

5. Justificativa

As lutas desenvolvidas pelo Movimento Popular exigem de suas lideranças capacidade para conduzi-las, visando à conquista dos resultados almejados.

Os aspectos organizativos (reuniões, encontros, assembléias etc.) exigem vontade política e disponibilidade de tempo.

Observando a participação dessas lideranças, nas mais variadas atividades desenvolvidas pelo Movimento Popular, podemos constatar que o nível de consciência das mesmas atende às demandas apresentadas. Porém, somente a vontade política e a disponibilidade de tempo não produzem os resultados esperados nesta nossa conjuntura. Por esta razão, se faz necessário que as lideranças do Movimento Popular invistam seus esforços na capacitação de seus membros, a fim de possibilitar melhores encaminhamentos de soluções dos problemas.

Esta capacitação visa compreender a organização global da sociedade, identificando os novos desafios colocados pela mesma e elaborando alternativas para enfrentá-los.

Desta forma, não ficaremos apenas no plano reivindicatório, participando das manifestações de apoio ou protesto.

Entretanto, esta capacitação nos possibilitará sair da defensiva, permitindo ao

Movimento Popular a elaboração de propostas políticas, visando à conquista de hegemonia em toda a sociedade.

Esta atividade de capacitação exigirá das lideranças do Movimento Popular maior clareza da importância de investir na formação. Portanto, para que produza os resultados desejáveis, terá de ser sistemática, progressiva e permitir ao Movimento Popular construir uma Assessoria técnica (aqui compreendida a Jurídica), visando à solução dos problemas imediatos enfrentados pelo Movimento Popular.

6. Objetivo geral do curso

O presente Curso pretende possibilitar às lideranças a identificação dos direitos fundamentais da pessoa humana; a aquisição de conhecimento básico das normas.

7. Desenvolvimento

O presente Curso pretende ser desenvolvido em 3 (três) etapas: a) *Conhecimento Geral do Direito*, abrangendo o estudo do Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Civil e Direito do Trabalho; b) *Acesso à Justiça*, compreendendo Estrutura e Funcionamento do Poder Judiciário (Ordenamento Jurídico), Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho; c) *Direito Especial*, atendendo à demanda dos movimentos populares.

Para desenvolvimento do Curso, pretendemos buscar apoio nas organizações que atuam no ramo do Direito a fim de possibilitar melhor aprendizado dos formandos. Dentre as organizações, destacamos as seguintes: Associação dos Juízes para Democracia, Associação do Ministério Público Democrático, Associação dos Delegados de Polícia Democráticos, Instituto Paulista de Advocacia Pública, bem como outras que tenham compromisso coma causa popular e queiram participar do processo.

8. Duração e conteúdo do curso (ver Programa detalhado)

O Curso terá a duração de 96 (noventa e seis) horas/aulas, distribuídas nas 3 (três) Etapas:

1.ª ETAPA:

a) Introdução do Curso:
Objetivos
Conteúdos
Duração
Sua relação com a realidade
b) Conhecimento Geral do Direito:
b.1 Introdução ao estudo do Direito
Normatividade social
A norma jurídica
Divisão do Direito
O Direito e a liberdade
O Direito e a justiça
Direito alternativo
b.2 Direito Constitucional:
Conceito de Constituição
Tipo de Constituição
Finalidade da Constituição
Constituições brasileiras
Constituição atual
b.3 Direito Civil:
Introdução
As pessoas
Capacidade jurídica
Os bens
Fatos jurídicos
b.4 Direito Penal
b.5 Direito do Trabalho

2.ª ETAPA

ACESSO À JUSTIÇA

Direito Processual Civil

Direito Processual Penal

Direito Processual do Trabalho

3.ª ETAPA

A partir do estudo realizado até a 2.ª Etapa, o grupo de cursistas será dividido por área de interesse e, conforme a escolha dos participantes, será elaborada a programação da 3.ª Etapa.

9. Metodologia

Buscaremos utilizar uma metodologia que permita aos participantes do Curso ter a realidade com elementos de sua formação, bem como o uso de aulas expositivas, oficinas, grupo de estudo, entrevistas, seminários e visitas aos órgãos oficiais da justiça e instituições de ensino jurídico.

10. Avaliação

A avaliação será feita em cada aula, mediante observação da assiduidade, participação e desempenho de cada participante do curso, bem como acompanhamento dos trabalhos desenvolvidos pelos mesmos junto ao seu movimento.

A partir do estudo realizado até a 2.ª Etapa, o grupo dos formandos será dividido por área de interesse e, conforme a escolha dos participantes será elaborado o programa de estudo.

11. Desenvolvimento do estudo

Temas estudados:

O curso foi dividido em 10 (dez) sessões, cada uma com a duração de 8 (oito) horas, totalizando 80 (oitenta) horas/aulas. Foram estudados vários temas, sendo que priorizamos assuntos que tivessem relação com o dia-a-dia dos participantes do curso.

a) Introdução ao Estudo do Direito:

Iniciamos o nosso curso, buscando identificar a importância do Direito na nossa vida, procurando compreender o conceito de Direito, de norma jurídica e o processo de sua elaboração. Finalizando este estudo, procuramos estabelecer uma relação do Direito com a liberdade e a justiça.

b) Direito Constitucional:

No estudo deste tema, primeiramente, buscamos compreender o Estado moderno, ou seja, o Estado constitucional, e a importância do Direito Constitucional na organização do mesmo; procuramos compreender o que é uma Constituição, os tipos de Constituição, sua finalidade.

Nesta oportunidade, fizemos um estudo aprofundado da Constituição atual do Brasil e sua aplicação no dia-a-dia, buscando compreender a importância da mesma no exercício da cidadania.

c) Direito Civil:

O estudo do Direito Civil foi feito focalizando os aspectos que mais são vivenciados pelos participantes do curso. Portanto, estudamos as pessoas, as coisas, os bens, a propriedade, a família, a sucessão e os contratos.

d) Direito Penal:

No estudo deste tema, buscamos compreender as condutas das pessoas, e quais estão estabelecidas com crime e aproveitamos para fazer uma reflexão sobre a situação em que vive uma grande parte da nossa população.

e) Direito do Trabalho:

A partir da experiência vivida pelos participantes do curso, buscamos desenvolver o nosso estudo, primeiramente

definindo o que é Direito do Trabalho; depois, buscamos compreender o que é um contrato de trabalho, as partes que o compõem, quando se dá a extinção do contrato e as obrigações dos contratantes.

Procuramos compreender como se dá a intervenção do Estado na solução dos litígios trabalhistas.

f) Acesso à justiça:

Para compreender a garantia do acesso à justiça, tivemos de analisar alguns aspectos que nos dificultam a efetivação deste acesso: a desigualdade econômica, o problema da informação e formação nos aspectos jurídicos.

Para melhor compreender a questão do acesso à justiça, estudamos o Estado e a organização judiciária, a função da Magistratura (juiz) e do Ministério Público (promotor) e a problemática da Polícia e a segurança pública.

Por fim, buscando compreender quando e como procurar a justiça na busca de solução de nossos problemas, estudamos sobre o juizados de pequenas causas cíveis e criminais.

12. Metodologia

O estudo foi desenvolvido de forma dinâmica, possibilitando a participação dos cursistas em todos os momentos de trabalho.

Para tanto, utilizamos de audiovisual, cartazes, apostilas, bem como aulas expositivas e palestras.

CURSO DE FORMAÇÃO DE ORIENTADORES JURÍDICO-POPULAR

(Primeira Turma)

Avaliação da 1.ª ETAPA (16.12.1996)

ANA – Oi, Manoel, tudo bem?

MANOEL – Tudo bem.

ANA – Estou com um problema muito grave. E eu gostaria de saber se posso fazer alguma coisa perante a lei.

MANOEL – Olha, Ana, eu estou indo para a comunidade onde tem um pessoal que pode lhe orientar, eles estão fazendo um curso e podem lhe dar orientações jurídicas, vamos lá?

ANA – Vamos sim, quem sabe, eles podem me ajudar.

MANOEL – Então vamos.

MANOEL – Turma, esta é Ana, que está com um problema e precisa de orientação.

1. Pode falar Ana, se estiver ao nosso alcance lhe ajudaremos.

ANA – Olha, é o seguinte, o meu marido já perdeu tudo no jogo e agora ele está vendendo as coisas de casa para jogar e eu tenho medo dele querer colocar a própria casa no jogo. Onde eu e meus filhos vamos morar se isso acontecer? Eu gostaria de saber: eu posso fazer alguma coisa perante a Lei?

ANDRÉ – Sim, D. Ana, a senhora tem como evitar que isto continue acontecendo. Olha, para a Lei, seu marido pode ser considerado uma pessoa relativamente incapaz, considerado Pródigo. A senhora conseguindo provar isto, pode promover um Processo de Interdição dos atos dele. Esta Interdição é parcial. E a senhora deve procurar um advogado para promover a ação.

ANA – Nossa!! Este curso que vocês estão fazendo é muito bom. O que mais vocês aprenderam?

2. Aprendemos que nossos direitos fundamentais estão na Constituição Federal.

3. Que todas as pessoas são sujeitos de Direitos e Deveres.

4. Que a propriedade mesmo sendo privada tem a Função Social.

5. Que a Lei estabelece que na família os direitos de marido e mulher são iguais.

6. Que os bens deixados por uma pessoa por morte passa para os herdeiros.

7. Que não há crime sem previsão legal.

ANA – O que foi?

GENY – Que: "Todo direito no mundo foi alcançado por meio de luta; seus postulados mais importantes foram conquistados num combate contra aqueles que não acreditavam; assim, todo o direito, seja o de um povo, seja de um indivíduo, só consegue se ambos, indivíduo e povo, se dispõem a lutar por ele".

8. Que o trabalho é protegido pela Lei.

9. Mas, tem coisas mais importante que aprendemos.

GENY – O fim que visa o direito é a paz e o caminho para atingi-lo é a luta.

10. O Direito não é uma simples idéia, mas uma força viva.

11. O Direito não é somente um trabalho do Poder Público mas, sim o de toda população.

ANA – Pôxa!! É bom mesmo este curso, será que teria como eu participar também?

TODOS: Acredito que sim, pois haverá uma segunda turma, mas não temos muita certeza, porém você pode dar o seu nome. Pois só com a participação de todos conquistaremos a nossa cidadania.

ANA – Está bem, valeu suas orientações. Muito obrigada. Tchau.

Avaliação do DIA 30.03.1996

Cena I

Apresentação de uma pessoa contando a vantagem de possuir bens materiais e sua influência na sociedade.

Conta com o apoio da institucionalidade para realização dos seus sonhos.

Ao lado dele sempre está presente um mordomo e um guarda para dar-lhe a segurança que precisa.

Cena II

Narração:

Percorri por todos os cantos do meu país em busca de um lugar ao solo, percorri por todos os cantos do meu país em busca de minha dignidade, percorri por todos os cantos do meu país em busca de minha segurança e paz.

A cada passo que eu dava, descobria como é árdua a minha busca, pois por todos os cantos percebia que meus direitos eram lesados:

1. *Não tinha liberdade*,
2. Não tinha trabalho,
3. Não tinha escola para meus filhos,
4. Não tinha onde morar,
5. Era discriminado pela sociedade,
6. A minha voz não era ouvida.

A fome, a miséria, a dor, a doença, a opressão era o que me restavam. O meu sonho de viver como ser humano, estava chegando ao fim.

Quem sou eu?

"Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram retirantes. Nada mais" (José Américo de Almeida, em *A Bagaceira*).

Apesar de tanto sofrimento e dor, não me entregava aos desejos da minoria egoísta que domina e oprime o seu semelhante.

Busquei transformar o meu sonho no nosso sonho, saí do individualismo e parti para o sonho coletivo do *Exercício da Cidadania.*

Primeiro buscamos identificar os nossos direitos e descobrimos que: – Tenho direito à liberdade:

art. I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (DUDH)

art. III. Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (DUDH).

art. 5.º Todos são iguais perante a lei... (CF)

LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (CF)

XVII. É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. (CF)

– Tenho direito ao trabalho:

art. XXV. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas de matrimônio ou fora dele, têm direito a igual proteção social. (DUDH)

– Tenho direito à educação:

art. XXVI: Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Os pais têm prioridade na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (DUDH)

– Tenho direito a moradia:

art. 23. É competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (CF)

IX. Promover programas de construção de moradias e a melhoria das construções habitacionais e de saneamento básico. (CF)

– Mereço respeito:

art. XVI. Os homens e as mulheres maiores de idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (DUDH)

art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF)

– Tenho direito à expressão:

art. XVIII.Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e

religião. Este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. (DUDH)

art. 5.º Todos são iguais perante a Lei...

IV. É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (CF)

– *Tenho direito à liberdade:*

Art. ... São fundamentos do Estado brasileiro:

III. Promover a dignidade da pessoa humana. (CF)

– *Tenho direito à solidariedade:*

Art. XXIX: Todos têm dever para com a comunidade... (CF).

Portanto, vamos nos unir, vamos lutar conjuntamente na construção de uma nova sociedade, de uma nova forma de viver, contamos com apoio e participação de todos vocês.

13. Conclusão

O presente trabalho de assessoria desenvolvido pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (SP), nos moldes aqui apresentado, principalmente, o Curso de Formação de Orientadores Jurídico-Popular, tem levado às seguintes conclusões:

1. O exercício da cidadania não obteremos pela dádiva do Estado, por meio dos seus governantes, mas será conquistado pela população, através de muita luta;

2. Um dos meios para instrumentar a nossa luta em vista da conquista da cidadania é a busca de conhecimento da organização do Estado, os mecanismos que o mesmo se utiliza para o controle social, descobrindo também a sua função e o seu dever.

3. A partir deste conhecimento, nos tornarmos capazes de elaborar uma proposta de organização da sociedade civil, de modo que a população possa influenciar na organização do Estado.

A partir desta análise, concluímos que devemos promover outros cursos de formação de orientadores jurídico-popular, propiciando assim, a preparação das lideranças dos movimentos populares e comunitários para melhor desempenharem as suas atividades.

ANEXOS

Boletim das Caritas de São Paulo – Março/96

"Quem já se viu envolvido com processos jurídicos sabe que se trata de um universo cheio de complicações burocráticas e etapas incompreensíveis para o leigo que não possui formação na área jurídica. As lutas desenvolvidas pelos Movimentos Populares, geralmente liderados por quem não possui domínio no que diz respeito às questões legais, exigem assessoria técnica para que sejam adequadamente encaminhadas, rumo às conquistas das reivindicações.

Visando possibilitar às lideranças identificação dos direitos fundamentais do indivíduo, o conhecimento básico das normas jurídicas e orientar a população na busca de seus direitos, o Movimento Popular de Campo Limpo e o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular, da Diocese de Campo Limpo, idealiza-

ram o Curso de Formação de Orientadores Jurídico-Popular.

Viabilizado pelas Caritas, através da aquisição de fitas de vídeo e materiais didático-pedagógicos, o curso teve início em outubro de 1995 e seu término previsto para o dia 30 de março deste ano, sob a coordenação do assessor jurídico Vítor Ferreira Guimarães.

O curso foi realizado em três etapas: conhecimento geral do Direito, o acesso à justiça e Direito específico. Entre os temas desenvolvidos na primeira etapa constam: definir e enumerar os tipos de constituições existentes, descrevendo suas finalidades, compreender os ramos do Direito, identificando sua codificação e sua importância para a sociedade; identificar a importância do Direito Penal para vivência social e definir o Direito do Trabalho e sua relação com o mundo atual.

Na segunda etapa, o curso propôs: identificar a função do Estado na distribuição da justiça e sua organização, identificar os requisitos para o ingresso com a ação em juízo e como defendê-la nas instâncias dos Direitos Civil, Penal e Processual do Trabalho.

A terceira etapa abordou temas mais específicos: direitos humanos e os movimentos populares, direitos da criança e do adolescente e direitos da mulher, habitação e ambiental.

O Coordenador afirma que iniciaram o curso 22 pessoas, sendo que 21 permaneceram até o final. Ele fala da importância desse tipo de capacitação para quem está envolvido com as causas populares: "O conhecimento jurídico é restrito aos especializados no assunto. A maioria das pessoas não tem acesso às etapas do desenrolar dos processos jurídicos. Há poucos advogados envolvidos com as causas populares, por isso é imprescindível que lideranças populares orientem comunidades no sentido de lutar por seus direitos. Essa foi a proposta do curso e acredito que foi cumprida".

Jornal Fato Expresso, da Cidade de Embu das Artes – São Paulo, em 30.09.1995.

POPULAÇÃO RECEBERÁ INSTRUÇÕES SOBRE DIREITO

Com início no próximo sábado, dia 7 de outubro, o Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Capão Redondo (SP) realizará um curso intensivo para capacitação jurídica de agentes populares.

O curso está sendo coordenado pelo assessor jurídico Dr. Vítor Ferreira Guimarães e será dividido em 3 etapas. A primeira delas será para aquisição de "Conhecimento Geral do Direito"; depois haverá orientação sobre o "Acesso à Justiça", e finalmente, a discussão abordará o "Direito Específico", com temas trabalhista, da habitação, da criança e do adolescente, das mulheres...

O objetivo geral é possibilitar às lideranças a identificação dos direitos fundamentais da pessoa humana, a aquisição de conhecimento básico das normas jurídicas e melhorar a orientação da população na busca de seus direitos.

O Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Capão Redondo fica na rua Dr. Luiz da Fonseca Galvão, 180 – Capão Redondo, próximo a Santo Amaro, na Capital, local do Curso.

Cursistas:

01. Alexandre Rodrigues Dornelas
02. Antonia Maria Sales
03. André Luiz dos Santos Borrego

04. Dair Aparecida de Paula
05. Deoci Rita dos Santos
06. Dorisval de Oliveira
07. Emiko Nakacima A. de Oliveira
08. Francisco de Assis Gomes
09. Geni Silva Leite
10. Idê Zilda Ribeiro
11. João Fernandes Soares
12. José Pedro de Melo
13. Juliano Rodrigues dos Santos
14. Lindacy Pereira da Silva
15. Luiz Raimundo do Amaral
16. Luiza Antônio Justino
17. Maria José Mendes
18. Maria Antonia Bispo do Carmo
19. Terezinha Carvalho da Silva
20. Zelia Fernandes da Silva Dionisio
21. Marcelo Soares Pinto

Colaboradores:

a) Dr. Rossini, Dr. Ângelo e Dr. Julião: Promotores de Justiça do Foro Regional de Santo Amaro (SP).

b) Dr. Urbano Ruiz: Juiz de Direito da Alçada Cível de São Paulo e Secretário Executivo da Associação dos Juízes para Democracia.

c) Dr. Bismael Batista de Moraes e Dr. Maximino Fernandes Filho: Delegados de Polícia, Presidente e Vice-Presidente da Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo.

EL TRIUNFO DE SHILOCK: ALGUNAS FORMULACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

ALEJANDRO W. SLOKAR

"... toma entonces lo debido, toma tu libra de carne, pero, al cortarla, si viertes una gota de sangre cristiana, tus tierras y bienes, por las leyes de Venecia, quedan confiscadas para el Estado de Veneia." W. Shakespeare, *El mercader de Venecia*, acto cuarto, escena primera.

SUMÁRIO: 1. Introito – 2. La privación de libertad como pena: surgimiento histórico – 3 El preso: de objeto de la pena a sujeto de derecho – 4 El encierro y su ambito de proyección – 5 Una variable: el mandato constitucional de legalidad.

1. Introito

Resulta una verdad tan obvia como irrefutable que la pena privativa delibertad excede con holgura el objeto hacia el cual se dirige: la libertad ambulatoria del sujeto recluso.

Ciertamente, la pena de encierro no se edifica exclusivamente sobre el dato normativo que nos informa respecto de la restricción a la libertad de circulación. El contenido de esta modalidad de sanción se proyecta hacia la privación de un campo mas basto de derechos que supera a aquél sobre el que se expresa jurídicamente la dirección de su propósito. De este modo seria válido afirmar que con el encierro no se va a cumplir el castigo, sino que a partir de él se va a ser castigado en modo continuo y diario.

Esta idea presentada como presupuesto procura conformar el esquema teórico que orienta la tesis de construcción del presente ejercicio: la ejecución de la pena privativa de libertad no responde en su actual operatividad a los mandatos constitucionales de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y humanidad.

2. La privación de libertad como pena: surgimiento histórico

Precisar conceptualmente la pena privativa de la libertad supone indagar sobre e su genealogia. Acerca de su origen histórico y evolución socio-estructural da cuenta una profusa labor bibliográfica desde posiciones que superan la óptica jurídica (Neuman, 1971; García Ramirez, 1975; Rusche y Kirchheimer, 1984; Morris, 1985; Melossi y Pavarini, 1987; Foucault, 1992).

La privación de libertad constituye la más significativa de las penas, ya que una vez desterradas del catálogo jurídico de sanciones la pena de muerte y la pena corporal, va incidir en uno de los bienes jurídicos mas preciados dela persona: la libertad. Tiene su momento histórico de nacimiento en las postrimerías del siglo XVIII como consecuencia de la reforma en las instituciones de segregación, y es recogida en los códigos panales hacia mediados del siglo XIX cuando la práctica del encierro se legitima e institucionaliza.

Ya supo denunciar Kropotkine que la cuestión de saber qué debe hacerse con

los que cometen actos antisociales encierra en sí la gran cuestión del gobierno y del estado (KROPOTKINE, Pierre. *Las prisiones*. Barcelona : Calamus Scriptorius, 1977 p. 19). Efectivamente, el estado establece un orden social determinado y promueve el mantenimiento de sus principales manifestaciones, usando para ello el máximo exponente de coacción que posee: la pena, mal que se concreta mediante la privación o restricción de ciertos bienes jurídicos. Estas penas, los castigos que se imponen a aquel que transgrede las líneas maestras estabelecidas por el estado han recaído sobre aquellos bienes que durante un momento histórico aparecen más preciados para el hombre; así, la vida, la integridad física, la libertad (BUSTOS Juan Ramirez; HORMAZÁBAL, Hermán. Pena y Estado. In: PAPERS, n. 13. 1980. p. 97).

Con el advenimiento del estado moderno se institucionaliza, la pena privativa de libertad como manifestación de un supuesto humanismo iluminista y de una reacción penal con un fin retributivo y preventivo general. La libertad y la igualdad jurídica y política, hacen que se sustituya, como sostiene Foucault el poder sobre los cuerpos por el poder sobre el alma. Sin embargo, el mismo autor se encarga de matizar que no hay una supresión completa de acciones sobre el cuerpo, pues un castigo como la prisión no puede funcionar al margen del sufrimiento corporal, sino que éste tan solo dejó de ser el objeto principal de la pena. Así, subraya que:

"Mantiénese un fondo *supliciante* en los modernos mecanismo de la justicia criminal, un fondo que no está por completo dominado, sino que se halla envuelto, cada vez más ampliamente, por una mentalidad de lo no corporal" (FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México : Siglo XXI, 1987. p. 107).

3. El preso: de objeto de la pena a sujeto de derecho

Como se viene diciendo desde el punto de partida, si la sanción en la privación de la libertad ambulatoria (y, en su caso, las accesorias que imponga la ley), ninguna otra restricción a los derechos del detenido sería legítima, salvo que su ejercicio sea imposible en función del hecho de la propia detención. Consecuentemente la degradación sistemática de los derechos de los reclusos obedece a esquemas que justifican un *plus* en la sanción, de cuya suerte tendrá origen un saldo o remanente de castigo que, como se verá, atenta contra el principio de legalidad que gobierna la materia penal.

La idea de que los presos no gozan de ningún derecho no es nueva. Su arraigo histórico nace en el derecho primitivo cuando se le imponía al delincuente la pena de expulsión del grupo, forma significativa de retirarle por completo la proteción jurídica. Luego, el preso pasó a un estado de completa sujeción, sometido al poder arbitrario y absoluto de la administración y, por ende, sin ningún derecho. El posterior proceso de reconocimiento de derechos, que tiene por origen el movimiento iniciados en los últimos años del siglo XIX y principios del XX viene a modelar con diferentes aristas el *status* del recluso. Quedaron atrás los tiempos en que el recluso no pasaba de ser poco más que un objeto sometido a guarda y custodia, relegado al brazo administrativo una vez dictada la sentencia condenatoria. El recluso pasó de ser un objeto de la pena, un objeto de la prisión, a constituir un sujeto de derechos y, como tal, capaz de su ejercicio frente al otro sujeto de la relación correlativamente obligado: el estado.

No se presenta pues dificultoso defender que los presos tienen derechos en el estadio actual del Derecho Internacional de los derechos humanos ni, mucho

menos, sostener una teoría general de derechos que englobe los pertenecientes a los mismos.

Efectivamente, sabido es que la legitimidad de un determinado orden jurídico y político es dependiente de la eficacia de los derechos, entendida ésta como posibilidad de ejercicio de los mismos. Y si no véase que a los fines de determinar el grado de desarrollo democrático de un estado, Bobbio propone como ejercicio de comprobación el aumento, no sólo del número de aquelles que tienen derecho a participar en las decisiones que les afectan, sino de los espacios en que pueden ejercer los derechos (BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia.* Barcelona : Plaza & Jones, 1985. p. 33).

Un principio elemental del Derecho Penal democrático, que proviene del de dignidad de la persona y su autonomía ética, es el de indemnidad personal. Bustos (BUSTOS RAMIREZ, Juan. Perspectivas y desafíos de la política criminal en latinoamérica. In : ESTUDIOS JURÍDICOS. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna. Faculdad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1993. p. 119) indica que éste señala que la sanción a aplicar no puede afectar al ciudadano en la esencia de la persona ni de sus derechos, agregando que no se le pueden cercenar de tal modo sus derechos que ello implique una *jibarización* de sus capacidades de desarrollo personal.

La proclamación universal del principio de que todo hombre es persona implica que cualquier hombre, sin distinción de ningún género y por el mero hecho de ser hombre, por rudimentarias que sea su instrucción, por negativas que sean sus condiciones sociales, por humilde que sea su inserción social, sea cual fuere su sexo, raza o religión, tiene una dignidad señalizante y diferencial que proviene de su conciencia moral.

Empero, ocioso puede ser señalar a esta altura del desarrollo investigativo que centrar el análise en el funcionamiento del sistema penal supone reconocer su virtual imposibilidad para una adecuada protección de los derechos fundamentales o, lo que es peor aún, admitir que muchos de los mas flagrantes atentados son perpetrados en los mecanismos entramados por la función punitiva (SLOKAR. Alejandro. Sistema penitenciario e direitos humanos. A ambígua fronteira das grades carcerárias. In : *FASCÍCULOS DE CIÊNCIAS PENAIS.* v. 6, n. 2, 1993. p. 118). Por ello, en un primer examen aparecen las limitaciones estructurales del sistema penal para contener la violencia, pero en el segundo nivel de análisis se revela el propio sistema penal como una modalidad misma de violencia. El sistema penal es pues, tanto estructural como coyunturalmente, más bien violación, antes que protección de los derechos fundamentales. En primer término porque la pena en sí misma constituye un acto de violencia que parte de la afectación de derechos fundamentales. Y en segundo lugar porque la fracción ejecutiva de la pena privativa de libertad revela el abismo más profundo que exista entre los mandatos de reconocimiento de derechos y su vigencia efectiva. De manera que, quizás, sea necesario entender a los derechos fundamentales y el sistema penal como dos categorías irreductiblemente contradictorias.

Dentro de este contexto de negación de derechos, y mucho más en nuestro medio latinoamericano (ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos.* Buenos Aires : Depalma, 1987; 1993. NIÑO, Luis. La situacion carceraria en la America Latina de fim de siglo y el malestar en la cultura juridica. In: LECCIONIS Y ENSAYOS. Universidade de Buenos Aires, 1996. p. 35) el sistema penitenciario ocupa un ámbito sitacional de real aunque

lamentable privilegio. Si el sistema penal en su actuación desposee a las personas de numerosos derechos, la prisión sintetiza el escalón final de este proceso deshumanizante. Tanto la sociología jurídico-penal, cuanto la experiencia cotidiana, al desnudar la práctica real de la prisión, demuestran la virtual existencia de una zona de *no derecho* en el interior de las unidades carcelarias, un *mundo sin ley* (FRAGOSO Heleno. El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley. In: DOUTRINA PENAL. 1981. v4, p. 227). Y las deficientes regulación y aplicación jurídica de los derechos de los reclusos indudablemente contribuyen en esta mecánica al punto de poder reconocerse una enorme devaluación para el ejercicio de los mismos con respecto a las possibilidades del ciudadano libre. De suerte que aquella contradicción que encierra el sistema penal aparece de forma más cristalina en su región más trasparente: la prisión. En su interior se producen condicionamientos limitativos estructurales al ejercicio de los derechos fundamentales.

Por ello, todo planteo que reafirme el garantismo, en términos estrictamente estratégicos y de largo alcance, conducido de modo coherente hasta sus consecuencias últimas, conlleva una arriesgada premisa que puede formularse en los siguientes términos: si los derechos fundamentales se muestran incompatibles en el ámbito penitenciario actual, la consolidación de los mismos importa irremediablemente la desaparición de la prisión en su concepción conocida.

4. El encierro y su ambito de proyección

Como fuera delineado, la pena privativa de libertad supone una restricción al derecho a la liberdad, más concretamente, la libertad ambulatoria circunscrita a un ámbito determiando – esto es, fuera de la unidad penitenciaria – con especial referencia a la libertad de residencia y circulación y a aquellos indisolublemente ligados con aquella. El penado conserva pues todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta.

La pena en su dimensión formal, como se ha sostenido anteriormente, constituye la privación de un bien jurídico a quien haya cometido un delito, impuesta por el Estado y a través de sus órganos jurisdiccionales. Y la pena privativa de libertad, en el supuesto concreto, la prisión, sólo puede restringir determinadas parcelas de libertad personal del recluso ya que ese es el único bien jurídico que es afectado en esta categoría de sanción.

En un Estado de Derecho la privación de libertad no puede ser negación de libertad como lo era la pena de muerte con la vida. El *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a todo sujeto y son inviolables por cuanto esenciales para el desarrollo de la personalidad. No puede pues *perderse legitimamente* ese *status* y ni siquiera puede perderse una de sus manifestaciones concretas: la libertad ambulatoria.

Estas reducciones o limitaciones a la libertad son las que hacen referencia a tan solo ciertos aspectos de su libertad ambulatoria o desplazamientos fuera del centro de reclusión, ya que tambien dentro de los establecimientos se reconocen al preso, junto con otros derechos, importantes esferas de libertad. Cabe poner de relieve entonces que la libertad no se pierde en forma absoluta, como tampoco la pena entraña irremisiblemente internamiento: el modelo ordinario de ejecución permite una ampla posibilidad de movimientos dentro y fuera del establecimiento, ya que en oportunidades la ejecución

se sucede total (libertad condicional) o parcialmente (régimen abierto) fuera de la cárcel.

Por cierto que estos postulados no ceden a la ingenuidad de dejar de reconocer la existencia de una realidad física consistenta en muros y rejas. Es esa, y como se describió tampoco ha sido otra, la materialidad de toda prisión en tanto se justifique su permanencia. Correlativamente por ello el fundamental deber que tiene el preso respecto del estado es permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento para cumprir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación. Ello es consecuencia de que la privación de libertad comporta para las personas la correspondiente obligación de permanecer privado de libertad.

Pero esa materialidad en modo alguno justifica el establecimiento de límites que excedan el ámbito de determinados márgenes de libertad traslativa que, se insiste, es el único bien jurídico afectado por esta categoría de pena.

Mas aún, como bien señala Mapelli (MAPELLI CAFFARENA, Borja. Pena privativa de liberdad. In: NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Barcelona : Francisco Sein, t. 11 p. 457) piénsese que este deber de permanencia en el establecimiento tampoco es absoluto ya que sólo existe cuando la ejecución se ajusta a la legalidad y no sólo cuando va precedida de una sentencia. Ello supone que la ejecución debe realizarse de acuerdo con las disposiciones legales. De lo contrario, bajo una causal de justificación, la evasión puede verse amparada por el estado de necesidad o la legítima defensa.

Consecuemente, si la pena supera con creces la libertad ambulatoria, los límites que el poder del Estado puede ejercer sobre los presos son sobrepasados, dando origen a una restricción que, como se verá, no se ajusta al mandato de legalidad constitucional.

5. Una variable: el mandato constitucional de legalidad

El principio de legalidad contemplado invariablemente en los textos constitucionales y los pactos de derechos humanos establece determinadas exigencias para la imposición de una sanción jurídico penal ajustada a derecho. Del mismo dimanan 3 (tres) aspectos que conforman las garantías de los ciudadanos: una garantía criminal que exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*), una garantía penal que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*) y una garantía jurisdicional (*nulla pena sine iudicio*) que señala el requisito de una sentencia y un procedimiento ejecutivo ajustado a una ley (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte general. Fundamentos y teoría del delito.* Barcelona: PPU, 1985. p. 63).

De este paradigma del Estado moderno surge pues el principio de requisito de ley no sólo para definir la conducta delictiva en el precepto, sino además la definición de la pena y su régimen de ejecución en la sanción. La obvia finalidad del principio es limitar el ejercicio del poder del Estado, posicionando a los individuos en términos de igualdad frente al poder y sólo obligados por objetivos mandatos estatuídos por el legislador.

En efecto, el principio de legalidad responde al concepto de despersonalización o impersonalidad del poder y al de legitimidad racional. No se trata que el poder no sea ejercido por los hombres – cosa inevitable –, sino de que los hombres que ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales, lo que se traduce metafóricamente en la afirmación de que impera la legalidad y no la vontad exclusiva de

los governantes. En definitiva, todos los actos estatales en cuanto manden a hacer u omitir deben tener apoyo en forma mediata o inmediata en la ley.

Este principio posee un claro sentido de garantía de orden político a partir de su surgimiento en el período de la Ilustración (LOCKE John. Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo aurca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Buenos Aires : Alianza, 1990, p. 52; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las lyes*. México : Porruá, 1990. p. 58). En su formulación de solamente los legisladores – representantes de la sociedad unida por el contrato social – pueden establecer los delitos y las penas, se expresa la filosofía política contractualista que nace como reacción frente a las intervenciones arbitrarias de los poderes públicos.

En materia penal, es Feuerbach quien explicita el principio en conjunción con la pena y función preventivo general. La disuasión, la inhibición a cometer delitos que procura la pena exige que en la ley aparezcan suficientemente explicitados el tipo de conducta sujetas a restricción y los alcances de esta restricción, esto es, el delito y la pena. Tiempo después, a partir de la conceptualización de *tipo* por Beling, se adhiere desde la teoría del delito la exigencia de taxatividad, o sea claridad y precisión en la descripción de las acciones punibles.

De suerte que el mandato de legalidad, en cuanto nos ocupa este trabajo, exige la configuración legal de los extremos de la pena privativa de libertad y su ejecución. En tal sentido, puede decirse que la significación del mandato reside en el establecimiento legal de los presupuestos bajo las cuales el Estado garantiza el ejercicio de los derechos de los condenados de tal modo que las condiciones de vida de los sujetos no aparezcan libradas a la arbitrariedad de la administración.

Y esa determinación de la ley debe ser previa, estricta y escrita (MAURACH, Reinhart, 21PT, Heinz. *Derecho penal – Parte General*. Buenos Aires : Astrea, 1994. p. 157). Lo primero que se exige es una ley promulgada con anterioridad que dé razón y autorice cada uno de los actos restrictivos que tendrán aquí su exacto punto de partida. Un segundo sentido implica una exclusión de la analogía y la necesidad de descripción exacta de la sanción establecida. Por fin, en su tercer sentido se refiere a la declaración de voluntad soberana que en forma de ley en sentido estricto gobierna la pena y excluye la posibilidad de que por actos de otros poderes se cree e imponga la pena.

Hace más de 200 (doscientos) años se exige que el legislador defina previamente y con precisión cual es la pena y como debe cumplirse. Todo el Iluminismo a partir del siglo XVII impuso que el ejercicio de poder estatal estuviese estrictamente ligado al sometimiento de la ley escrita. Como se vio, la conexión de este principio con la contención al arbitrio del estado es indudable: el princípio de legalidad constituye un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto; "frente al poder personal y arbitrario, el ideal de gobierno por y en virtud de las leyes" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madri : Taurus, 1981. p. 17). En suma, el lazo de este razonamiento con la teoría de la separación de poderes del Estado deriva de su substrato contractualista: si la pena es la renuncia más evidente e la libertad originaria, resulta lógico que se requiera una declaración de voluntad soberana, una ley en sentido estricto.

Toda la actuación del Estado en materia penal debe presentarse así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella limitado.

Producto de la idea de que es el derecho el que gobierna, el obrar estatal se presenta como el ejercicio de un poder atribuido con anticipación, en forma expresa y específica por el orden jurídico. Sólo cuando se cuenta con esta cobertura legal previa la actuación es legítima, y no podía de otra manera toda vez que un moderno sistema de derechos se caracteriza porque lo hay que justificar es la limitación del derecho, mas nunca su ejercicio, que se justifica por sí mismo.

La idea fundamental es pues un sistema de derechos en donde los derechos fundamentales reconocidos puedan ser ejercidos sin ninguna necesidad de justificación. Lo que en cambio hay que justificar es la limitación del derecho, ya que si los derechos provienen de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, son directamente eficaces y no dependen de leyes que reglamenten su ejercicio. Si la razón de ser de los derechos, su fundamento, no es el reconocimiento en la constitución, son anteriores a ella y, en cualquier caso, su ejercicio no requiere una previa autorización del Estado.

Sin embargo, desde la ejecución penitenciaria podemos observar un poder ilimitado de la administración para decidir cuestiones vinculadas a su régimen y que hace a los límites al ejercicio de derechos de los presos. Se agrega reglamentariamente un *plus* no contenido en la ley penal o que contenido en la ley no responde al régimen general de restricciones a los derechos que para el conjunto de los ciudadanos (entre los cuales, claro está, se encuentran los presos) informan a Constitución y los tratados de derechos humanos. La restricción de mayores derechos al de la libertad circulatoria y de aquellos que indefectiblemente lo acompañan, es la imposición de una pena mayor a la autorizada legalmente y que, como tal, es el establecimiento de un castigo que viola el principio de legalidad material y formal. Dese el plano material porque, cuanto menos, estas limitaciones e derechos no están incluidas en las normas penales o, incluidas, no responden a los patrones de restricción constitucionales. Desde a óptica formal porque el accionar de la administración implica la intervención no habilitada constitucionalmente en la creación y aplicación de una norma penal que precisamente gobierna el extremo que le da la seña de identidad a esta actuación estatal: la pena.

El sendero el retorno al clacisismo (de Shakespeare, de los iluministas) no puede dejar de integrar a nuestros clásicos penales. En Beccaría, el modelo más enraizado en la fuente de la ilustración, y su frase final: "Para que cada pena no constituya una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser ésta esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes" (BECCARÍA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Capítulo XLVII, Conclusión). Y también Carrara cuando subraya que "la función penal viola el deber de tutela jurídica, tanto cuando deja de castigar el delincuente, como cuando lo castiga mas allá de la justa medida y fuera de las debidas condiciones" (CARRARA, Francisco. *Programa de derecho criminal*. Bogotá : Temis. Sección segunda, Fundamentos).

Proyectar esta síntesis sobre nuestras cárceres nos habla de cuentas pendientes en favor de los presos porque, se insiste, si la pena privativa de libertad consiste en la restricción de la libertad ambulatoria, la restricción de otros derechos – a menos que fueran de imposible materialización por el propio dato fáctico del encierro en un establecimiento penitenciario –, desatiende la legalidad y deviene inconstitucional.

Muy a pesar de las previsiones de los clásicos, y especialmente de Shakespeare,

en cualquier cárcel un Shilock encarnado en el Estado ve triunfar su crueldad y avidez. Pero, lo que es aún peor, las gotas de sangre cristiana que derrama son muchas más de una.

Bibliografia

BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona : Bruguera,- 1983.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Barcelona : Plaza & Janes, 1985.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Perspectivas y desafíos de la política criminal en latinoamérica. In: ESTUDIOS JURÍDICOS. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1993. t. 1.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL, Hernán. Pena y Estado In: PAPERS, n. 13, 1980.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Bogotá : Temis.

FOUCAULT, Michael. *Historia de la locura en la época clásica*. México : Fondo de Cultura Económica, 1992.

———. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México : Siglo XXI, 1987.

FRAGOSO, Heleno. El derecho de los presos (Los problemas de un mundo sin ley). In: DOCTRINA PENAL. v. 4, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madri : Taurus, 1981.

Sergio GARCÍA RAMIREZ. *La prisión*. México : Fondo de Cultura Económica, 1975.

KROPOTKINE, Pierre. *Las prisiones*. Barcelona : Pequeña Biblioteca Calamus Scriptorius, 1977.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Buenos Aires : Alianza, 1990.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. Pena privativa de libertad. In: NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Barcelona : Francisco Seix, 1989. t. 19.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires : Astrea, 1994.

MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. México : Siglo XXI, 1987.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte general – Fundamentos y teoría del delito*. Barcelona : PPU, 1985.

MONTESQUIEU Del espíritu de las leyes. México : Porrúa, 1990.

MORRIS, Norval. EL futuro de las prisiones. México : Siglo XXI, 1985.

NIÑO, Luis. La situación carcelaria en la América Latina de fin de siglo y el malestar en la cultura jurídica. In: LECCIONES Y ENSAYOS. Universidad de Buenos Aires, 1996.

NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires : Pannedille, 1971.

RUSCHE. Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá : Temis 1984.

SHAKESPEARE, William. *El mercader de venecia*. Barcelona : Planeta, 1996.

SLOKAR, Alejandro. Sistema penitenciario e direitos humanos. A ambígua fronteira das grades carcerárias. In: FASCICULOS DE CIENCIAS PENAIS. n. 2, v.6, 1993.

ZAFFARONI, E. Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos*. Buenos Aires : Depalma, 1987.

———. *Muertes anunciadas*. Bogotá : Temis, 1993.

¿ ES NECESARIA UNA CRIMINOLOGÍA PARA EL TERCER MILENIO?*

CARLOS ALBERTO ELBERT

"De la reunión capitular de hoy han quedado varios acuerdos para realizar obras inmediatas y una Ley – una ley cuya infracción será castigada, *reza la prosa del Adelantado –. Esto último me inquieta de tal modo que pregunto tal hombrecito si ya la tenido el horroroso deber de instituír castigos en la Ciudad. "Hasta ahora – me responde – al culpable de alguna falta se le castiga con no dirigirle la palabra durante un tiempo, haciéndosele sentir la reprobación general;* pero llegará el día en que seamos tan numerosos que se necesitarán castigos mayores". *Alejo Carpentier,* Los pasos perdidos.

SUMÁRIO: 1. Situación actual del debate criminologico 2 – La eficacia de la cosmovisión positivista 3 – ¿Qué queremos o qué debemos investigar? – 4 El control social en América Latina: caracteres generales – 5 ¿Qué criminología para el tercer milenio?

Es conocido que en 1996 publiqué un libro que constituye la primeira parte de una pretendida *Criminología Latinoamericana*. as motivaciones que me movieron a asumir semejante empresa son profundas y resultan de muchos años de preparación y maduración de ideas. Un trabajo que estuvo pensado con el subtítulo de *Para los anos noventa*, terminó apelando al subtítulo de *Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio*. Así de rápido pasa el tiempo y se nos vuelven obsoletas las mejores ideas. Lo cierto es que, por más que a muchos nos cueste creerlo, estamos ya frente al año 2000, que era referido en las novelas de ciencia ficción como aquél deslumbrante futuro interplanetario que ahora nos abruma y deprime como presente, planetario, inmediato e incomprensible.

Dejando de lado las motivaciones y nostalgias personales, y entrando de lleno en el tema que propone este trabajo, es obvio que sí creo en la necesidad de una criminología para el tercer milenio, como que a afirmarlo está dedicado el volumen primero de mi libro. De todos modos, estas jornadas son una buena oportunidad para repasar algunos argumentos centrales de la discusión u porqué no, para corregir conceptos errados.

Bajo el puente de nuestra región de la criminología, que insisto en llamar *latinoamericana*, ha corrido mucha agua desde comienzos de siglo, cuando se estableció el paradigma positivista europeo, todavía sustento de buena parte del andamiaje cultural, político y científico de la cuestión criminal.

El reemplazo de aquél paradigma ya está en curso, al menos en el plano científico-teórico, en varios países latinoamericanos. Sin embargo, no se aprecia un cambio alentador en los dife-

(*) Para las Jornadas Uruguayas – Santafesinas de Derecho, Santa Fé, Argentina, 12 al 14 de junio de 1997.

rentes *discursos*[1] político-criminales, como no sean tibios avances, que raramente transpasan lo etiológico-terapéutico. Si, por una parte, las teorías más modernas y progresistas no han permitido grandes cambios, por otra, nuestra realidad social en constante deterioro reclama, con premura, cambios que hacen ya, elementalmente, a la seguridad física de los ciudadanos, especialmente de los más desfavorecidos.

Es en este proceso actual de increíble deterioro material y cultural latinoamericano donde deben insertarse nuestros discursos científicos y prácticos, para evitar o limitar drásticamente alarmantes fenómenos políticocriminales (más criminales que políticos, pero ambas cosas a la vez) como la desaparición forzada y asesinato de personas, las torturas sistemáticas, las cárceles superpobladas, los escuadrones de la muerte, las mafias de la droga etc.

Entiendo que es actual e imprescindible la tarea de recoger los más generalizados de estos fenómenos, no estricta, pero sí específicamente latinoamericanos, para otear el horizonte y ordenar algunas ideas que posibiliten propuestas efectivas, mas allá de las extensas e incumplidas declaraciones de derechos de nuestro campo políticocriminal; en otras palabras, entiendo que es preciso condensar las más relevantes líneas de pensamiento del área hacia un paradigma o modelo criminológico *posible y útil*. En nuestros países, las respuestas acerca del control formal o al menos su búsqueda, son imperativo apremiante para quienes ocupamos posiciones espectables en la vida cultural latinoamericana, fundamentalmente en las facultades de Derecho, donde se lleva a cabo el análisis del control y la conducta desviada. Allí se reclaman nuevas herramientas interpretativas de una realidad plagada de contradicciones e injusticias que están asfixiándonos.

Tras el Curso de Posgrado de Formación Superior en Criminología, que dicté en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fé, Argentina, 1992/93) quedó clara para mí la necesidad de contar con una formulación sistemática de esta disciplina que siento cada vez más imprescindible. Se trata, entonces, de *rescatar la identidad local* de los problemás, empleando el bagaje teórico universal, combinando los elementos teóricos preexistentes de algún modo original, posibilitando definiciones ante la realidad y ante la práctica del sistema penal.

Como afirmación general y seguramente injusta, manifiesto en mi trabajo que en las décadas pasadas nos apasionamos demasiado con la cruda realidad social y política de nuestros países y sus consecuencias prácticas en el campo del control, *olvidando todo lo referente a la naturaleza y fundamentación científica del espacio llamado criminología*. Por esa razón, me concentré en el primer volumen de mi trabajo en problemas epistemológicos y gnoseológicos; dejando para una segunda parte la confrontación con la identidad latinoamericana, la relación de nuestro margen con el nuevo orden mundial, los caracteres generales de nuestro sistema penal real, las propuestas latinoamericanistas en criminología, y de las propuestas de acción posibles para el futuro. De los manuscritos en preparación de este segundo tramo, saldrán algunos de los planteos que dejaré expuestos aquí.

1. Situación actual del debate criminologico

El aire fresco y renovador de las teorías sociológicas y en especial de las

(1) Se llama *discurso* a una secuencia de enunciados que expresa un conjunto coherente de proposiciones. (DIAZ, Esther; HELLER, Mario. *El conocimiento científico*. Buenos Aires : Eudeba, 1989, p. 9).

propuestas de la *criminología crítica* en sus diversas tonalidades[2] trastocaron el paisaje criminológico latinoamericano. Este fenómeno se desarrolló con mayor tardanza que en Europa, pero no puede negarse hoy una fuerte presencia de criminólogos críticos cuyos trabajos y participación en congresos internacionales es insustituíble.[3] También es relevante la producción de orientaciones progressistas y abiertas a las novedades teóricas que se expresa, en muchos casos, a través de publicaciones periódicas y revistas[4] que han ejercido gran influencia sobre el estudiantado, especialmente en Venezuela y Colombia. De tal modo, las nuevas generaciones de abogados latinoamericanos han recibido o al menos tomado contacto alguna vez, con propuestas criminológicas novedosas.

Valorar positivamente a las corrientes críticas, sociológicas, progressistas o renovadoras (para utilizar denominaciones genéricas) implica, ciertamente, una primeira toma de posición. Se trata de oponer lo que en general es llamado *nuevo paradigma* al *viejo, clásico* o *tradicional*, de base positivista y etiológica y sus desarrollos reformistas políticocriminales, especialmente a través de diversas propuestas terapéuticas e institucionales. Algunas líneas evolutivas de esta criminología tradicional están cargadas de importantes propuestas humanitarias o éticas, sin perjuicio de sus limitaciones.

Entiendo que el paradigma criminológico tradicional no puede ser ya sostenido autosuficientemente, ni en el plano teórico ni en el práctico. A las deficiencias conceptuales se suman visibles e importantes fracasos de implementación práctica que no pueden dejar de ser objetados. En suma, de lo que se trata es de ubicar, a priori, el sitio teórico más adecuado para la disciplina criminológica: como auxiliar y complemento de las estructuras normativas (especialmente del Derecho Penal) o como *disciplina que busca fuera de las normas su propio y especial objeto*. Esta cuestión no es simple ni está satisfactoriamente resuelta, como puede verificarse analizando el rol desempeñado por la Sociología en nuestra disciplina. De todos modos, queda claro que la superación del marco normativo constituye un enorme avance que, como todo progreso, vino acompañado de una cantidad de nuevos problemas.

La certeza y consecuente euforia desatada por la afirmación de un nuevo enfoque criminológico tuvo también efectos negativos. En general, muchos criminólogos locales adoptaron tonos que llegaron a rozar lo apocalíptico o triunfalista. Gran parte de la labor teórica pareció concentrarse en el ataque, casi rutinario, al positivismo criminológico y su influencia regional. Cabe señalar que esto se vio facilitado por la casi inexistencia de representantes positivistas en el campo de las ciencias penales. Al menos en el campo criminológico éste era el caso, haciendo que tales ataques

(2) BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México : Siglo XXI, 1991. Capítulo XII. p. 165 *et seq.*

De la Luis Barreda Solórzano sugiere que debería hablarse más bien de *criminologías críticas*. BARREDA SOLÓRZANO, Luis. Hércules en el jardín criminológico. *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, 53, jul. 1991, p. 353.

(3) ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Nueva criminología y derecho penal. *Criminalia*, México, 1987. p. 228.

(4) *Capítulo Criminológico*, de Maracaibo, Venezuela; *Nuevo Foro Penal y Derecho Penal y Criminologia* de Bogotá, Colombia; *Revista del Colegio de Abogados penalistas del Valle*, Cali, Colombia; *Delito y Sociedad*, de Buenos Aires, Argentina etc., sin perjuicio de publicaciones tradicionales, como *Criminalia*, de México, o la desaparecida *Doctrina Penal de Buenos Aires*, que también abrieron generosamente sus páginas a las nuevas propuestas criminológicas.

tuvieran connotaciones curiosas, de polémica tardía o ajuste de cuentes con Lombroso, Ferri y Garófalo, como si tal debate tuviera actualidad a esta altura del siglo. La falta de contendientes vivos para una polémica, determinó que luego las andanadas apuntaran hacia la criminología tradicional, centrándose, en especial, sobre su carácter etiologicista y terapéutico.

Si bien comparto el contenido teórico de las críticas más conocidas, creo que se incurrió en poses soberbias que, a la postre, contribuyeron a debilitar el poder convictivo de muchas postulaciones críticas.

El marxismo tuvo fundamental influencia en la criminología crítica, especialmente en los desarrollos posteriores el enfoque del etiquetamiento[5] y este aporte teórico fue también trasvasado (con menor claridad) a los desarrollos latinoamericanos. Puede decirse que esta influencia ha sido tan importante como necesaria, lo que sólo puede ser objetable desde posiciones o trasfondos macartistas o reaccionarios, que tradicionalmente identifican la obra de Marx como paradigma demoníaco del mal, que solo puede subsistir en la afiebrada mente del general Pinochet.

Ahora bien, si en lo ideológico y cultural las tendencias a los traspasos acríticos estaban predispuestas, no menos puede decirse de algunos contenidos del tipo de criminología que llegó a formularse. El problema, en realidad, no radica en la *importación* de ideas o concepciones de otras latitudes o culturas, sino en su empleo *acrítico* o sea, prescindiendo de un análisis témporo-espacial adecuado y profundo del objeto al que se aplican y generalmente, omitiendo también una mínima sistematización.

Sean o no corregibles en el futuro, las *consecuencias* de estos desfasajes deben ser puntualizadas, a fin de hacer un balance realista de las mayores dificultads inmediatas que deberán afrontar los proyectos políticocriminales en nuestros países. Sin perjuicio de compartir sustanciales puntos de vista de la criminología crítica, es preciso señalar una cantidad de complicaciones (queridas o no) que han ocasionado estos nuevos enfoques analíticos. No intento criticar proposiciones científicas, sino apenas modalidades, métodos, actitudes inmaduras y superficiales, aún cuando resulten del esfuerzo por sostener propuestas que estimo correctas y comparto.

Es imperioso hacer un balance que incluya los aspectos criticables, porque solo así pueden ser superados constructivamente, en la medida que procuremos establecer un lenguaje común a nivel continental, orientado a mejorar la relación de fuerzas en favor de los penalistas y criminólogos progressistas. *El discurso crítico ha perdido parte de su fuerza y credibilidad*, porque:

a) se radicalizó en exceso el debate científico, agudizando más las antinomias que las convergencias;

b) se mantuvo una excesiva abstracción teórica, abusándose frecuentemente del lenguaje sociológico y los enfoques macrosociales, en desmedro de los estudios sobre la operatoria real del control, desentendiéndose también del análisis de los productos de ese control. Estos desfasajes no fueron acompañados de una fundamentación clara y general, exponiéndose a ser interpretadas como meras *actitudes*;

c) como consecuencia de lo anterior, se produjeron distanciamientos, desconfianzas e incompatibilidades no sólo con las agencias de control animadas de cierto espíritu democrático, sino también respecto de muchos criminólogos y penalistas liberales *tradicionales*;

d) las propuestas teóricas exacerbaron el matiz político-ideológico, facilitando

(5) Ver BARATTA, A. op. cit., capítulos 7 y 8.

el etiquetamiento de la corriente a título de grupo de agitación;

e) como dejé señalado, se omitió – en general y salvo muy limitadas excepciones – el análisis sobre problemas del control en los países socialistas de ayer y hoy, especialmente respecto a las experiencias de Cuba y Nicaragua, que muchos criminólogos críticos conocieron de cerca. De lo que se trata, es de saber porqué los mecanismos de control revolucionarios también recurren a la pena de muerte, la cárcel, los confinamientos y el control formal por ámbitos sociales informales. Para peor, en el caso de Cuba, las raíces positivistas más crudas permanecieron intactas como fundamento del control formal.[6]

Tratar de disimular estas cuestiones con la indulgencia nacida de la identificación con procesos liberadores locales, no deja de ser un error idealista, que implica desconocer que *la criminología nunca puede concluír su trabajo, ni siquiera tras la consagración de profundos cambios sociales.*;

f) se abusó de la remisión a un futuro pletórico de soluciones y cambios, en perjuicio el análisis de la operatoria real de los sistemas de control. El desinterés originario por los estudios de campo o empíricos importó también una importante pérdida de prestigio en referencia a otros enfoques.

Esta desventaja se hace más grande, cuanto más amplio es el campo que se quiere abarcar, desatendiendo las reglas usuales de verificación o contrastación científica. Las investigaciones que se realizaron, no tienen, en muchos casos, el alcance explicativo o el mérito demostrativo que se les atribuyó, ni para esclarecer el tema elegido, ni para probar un real interés por las investigaciones de campo. Los *parasociologismos, parapsicologismos y seudofoucaultianismos interpretativos*, liberados de todo rigor y presentados como asociación libre de ideas en un marco de feliz anarquía, se aproximan más a la labor literaria novelística que a un esfuerzo riguroso de conocimiento;

g) se generó una *inflación gnoseológica*, eligiendo espacios de conocimiento inabarcables por parámetros factibles, aumentando la incertidumbre reinante – de vieja data – en lo que hace al objeto y el método de la disciplina. La consecuencia son casos de escepticismo y decepción que debilitan el frente de trabajo;

h) el desprecio por las reglas metódicas de razonamiento e investigación (atribuyéndoles sin excepción contenido ideológico o tendencias a limitar la libertad analítica) coloca, a algumas formulaciones de la criminología, en una zona inalcanzable, tornando difícil la distinción sus deseos, convicciones y esperanzas, de aquello que pueda ser generalizadamente admitido como proposiciones científicas medianamente fundadas y demostrables. Es cierto que la razón ha chocado con sus límites, pero por ahora, es como algunas enfermedades: aunque no nos gusten, tenemos que convivir con ellas, o enloquecermos. Al desprecio la razón como instrumento, le opongo mi convicción de que la realidad latinoamericana es muy triste, como para volverla objeto de lucimiento personal o de fuegos de artificio esotéricos para intelectuales. Si el barco se hunde, arrastrará consigo a los que estemos interpretando y reparando sus averías, más también a los que las ignoran, ocupándose del metadiscurso del ombligo en su relación con el complejo de Edipo;

(6) Ver: VEGA VEGA, Juan. *La protección jurídico-penal en el socialismo.* La Habana : Ciencias Sociales, 1983. p. 196 *et seq.*; *La declaración jurisdiccional de responsabilidad penal.* La Habana : Ciencias Sociales, 1989; *Código Penal de Cuba*, In: DOCTRINA PENAL DE BUENOS AIRES, 1980. p. 386.

i) se ha desconocido o ignorado frecuentemente, que en las explicaciones críticas (como en toda construcción teórica) hay diversos aspectos tangibles del fenómeno criminal que no fueron satisfactoriamente explicados por los enfoques de raíz sociológica.[7] Ellos brindan apenas una aprehensión *parcial* de lo delictivo, que se fortalece siguiendo la lógica de los enfoques macrosociales, pero que se debilita en cuanto se la coteja con temas como los valores sociales y los fundamentos de la conducta individual;

j) se ha incurrido ocasionalmente en la glorificación o idealización generalizada del delincuente *común*, de origen marginal o de las clases desposeídas, justificando directa o indirectamente sus comportamientos en razón de la posición social desfavorable. O peor aún, interpretando esas conductas como actos de *rebeldía* la injusticia social. Es imposible y artificioso arribar a una deformación conceptual tan exagerada y menos por vía del marxismo. Marx y Engels se refirieron con especial *desprecio* al *lumpenproletariado* y a los *delincuentes*;[8]

k) muchas veces, tal vez por entusiasmo polémico, se publicitaron formulaciones absolutas, sin matices, efectistas, que luego debieron ser corregidas y relativizadas mediante interminables aclaraciones destinadas a presentar como sobreentendido aquello que, en realidad, no había sido dicho.[9] Pese a estas críticas, que hablan de errores de la criminología crítica en Latinoamérica, debe ahora destacarse que muchas de sus propuestas lograron establecerse en nuestro contexto científico, especialmente dentro de los planes de estudio y programas de algunas facultades de Derecho, publicas y privadas. Por ello, nos ha parecido oportuno generar una revisión autocrítica constructiva, que permita superar las limitaciones señaladas. Tal vez sea un indicador de lo lejanas que están muchas metas que buscamos, la circunstancia de que la tarea introspectiva aparezca como más abordable que la de los análisis y precisiones sobre nuestra realidad y el mundo actual en que está inmersa.

La última aseveración introduce al análisis de una cuestión imprescindible para interpretar muchos fenómenos complejos en el funcionamiento de nuestros sistemas penales: el de la vigencia de lo etiológico-positivista en la opinión pública de nuestros países.

2. La eficacia de la cosmovisión positivista

Es preciso hacernos cargo de un dato objetivo que venimos soslayando quienes nos ubicamos en enfoques pretendidamente críticos: el enraizamiento profundo del paradigma etiológico y los estereotipos criminales en vastos sectores sociales de nuestros países. Mal que nos pese, el discurso progresista contra el control y los *programas de ley y orden* suele tener corto alcance y no superar ciertos círculos de trabajo intelectual o universitario.[10] Como veremos, la

(7) Ver los análisis de GARCÍA PABLOS, Antonio, *Manual de Criminología*. Madri : Espasa-Calpe, 1988; GÖPPINGER, Hans *Criminología*. Madri : Reus, 1975, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989.

(8) ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la reacción social*. Maracaibo, 1977. p. 158 (sobre el carácter antimarxista de la criminología que hizo Marx).

(9) Ver: *De la Barreda Solórzano. Op. cit.* p. 358.

(10) Sobre la escasa repercusión (académica y extraacadémica) de la criminología crítica, ver: NOVA MONREAL, Eduardo. ¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica? *Criminalia*, México, 1987; DEL OLMO, Rosa. Criminología y Derecho Penal, etc., idem; De la Barreda

debilidad y escasa influencia social de estos ámbitos es la regla general en los países latinoamericanos, donde los medios de comunicación y la manipulación política deforman o construyen la realidad, de modo predominante, hasta imponer una concepción de los hechos, sobreentendida en su validez conforme al *sentido común*, o sea, con rango de ideología interpretativa.[11] Es decir que estamos ante una marcada divergencia entre la modernización del discurso políticocriminal y la *conciencia colectiva* (objeto, además, de permanente manipulación).

El público de los medios es, mayoritariamente, captable para la *ceremonia del chivo expiatorio*, en la cual se ofrenda al *delincuente* como exorcismo, frente a ciertas formas de conducta. Los medios también *trabajan* con singular eficacia las ideas de seguridad individual, *extirpación del mal* y la justificación de excesos represivos (explícita o subliminalmente) por crueles e indefendibles que fuesen.

La falsa confianza de que esas reacciones arcaicas y atávicas de la conciencia colectiva puedan ser o estén siendo superadas, hace perder de vista lo huecos que terminan sonando muchos discursos políticocriminales modernos y progresistas y expica sua impotencia, ante la proliferación de circuitos de *justicia informal, paralela o clandestina.*

Sin pretender propiciar soluciones al estilo de los *nuevos realistas*,[12] es preciso que nos esforcemos por encontrar respuestas adecuadas para su inserción en los medios y la sociedad, capaces de transmitir un mensaje novedoso y aceptable. Recordemos que, si con lo dicho fuese poco, aún deben considerarse tópicos actuales, como la crisis de las ideologías, del modernismo, de la razón y de la noción misma del Estado y sus funciones. La destrucción de la bipolaridad del poder mundial y las nuevas técnicas de producción y circulación financiera, sacuden a la humanidad y hacen entrar en crisis a casi todos os valores establecidos culturalmente en los últimos dos siglos.

La sensación generalizada del fin de la historia, de las utopías, de la razón clásica y de los presupuestos éticos y axiológicos – especialmente los del mundo occidental – y la búsqueda confusa de horizontes, tornan extremadamente difícil de interpretar el momento actual de la humanidad, al menos desde un discurso que, además de progresistas, sea sólido y coherente.

La ciencia y dentro de su órbita la criminología, no podían, obviamente, dejar de absorber tales desafíos y contradicciones, máxime en el terreno de las siempre polémicas *ciencias sociales.*

3. ¿Qué queremos o qué debemos investigar?

Corresponde preguntarse, dentro del campo epistemológico, qué es objeto de

Solórzano, *op. cit.*; MUÑOZ GOMEZ, Jesus A. El objeto de la criminología para América Latina y para Colombia. *Revista Abogados del Valle.* Cali, 14, 1986; y MARROGUÍN GRILLO, CAMACHO FLOREZ, *op. cit.*

(11) Ver: Baratta, Antonio. El estatus quo de la política de la droga y la estructura comunicativa de la sociedad, *Criminalia*, 1989; Aniyar, DE CASTRO, Llola. Los medios de comunicación y la creación de un sentimiento de inseguridad como forma de control social (ídem); J.F. MARTÍNEZ RINCONES, *Ideología*, medios de comunicación y control social y las bibliografías que se citan en estos trabajos. Además, CERVINI, Raúl, Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica 11.º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA, In: Budapest, agosto de 1993.)

(12) Yock Young, John Lea, Ian Taylor. In: etc.

estudio de una ciencia o una disciplina científica. He sostenido que se trata de un sector o ámbito de la realidad estudiada y la perspectiva o punto de vista que interessa en la investigación; en suma, que se trata de todo lo que pueda ser materia del conocimiento, o bien el contenido de un saber. En mi trabajo dejé explicitado lo complejo que resulta precisar el objeto criminológico y la situación de *observadores comprometidos* que tenemos quienes, con o sin pretendida objetividad, encaramos un tema de investigación o especulación científica. Admitimos que hay *dos ordenes de realidades* que constituyen el objeto de la criminología científica; uno, en el que se puede trabajar etiológicamente, sobre situaciones o hechos sociales problemáticos, *siempre que la muestra no sea tomada de las definiciones legales.* En ese espacio se pueden seguir estudiando personalidades, conductas traumas y estructuras de personalidad o enfermedades, relacionándolos con la dinámica general de los comportamientos y con las características propias de cada sujeto. Como se tratará de individuos en conflicto con normas, la selección individual se continuará haciendo de entre grupos de infractores, sin investir el razonamiento, o sea, sin pensar que por sus patologías infringem normas, sino al revés, estudiar patologías que se puedan evidenciar en ese sector social, descartando que se trate de un grupo antropológico diferenciado. El otro sector de la realidad es el de los problemas de selección y definición del sistema penal y su crítica. *La criminología está llamada a ser la ciencia del Derecho Penal, tomándolo como objeto, no tal como está estructurado, sino incluyendo sus instancias, ideologías y lógica decisoria.* Vá de suyo que de este modo incluímos a la política criminal oficial y también a las alternativas que puedan elaborarse, aún en condiciones de *mal menor* o *ultima ratio.* Nuestra disciplina se dedicaría a investigar *la intervención en los conflictos mediante el sistema penal,* comparándolo con otros mecanismos de solución de conflictos, tanto de tipo jurídico como comunitario, por leyes o costumbres. Allí confluirían la Sociología, las ciencias de la historia, la Psicología y las ciencias de la cultura, conformando una criminología superadora del vínculo original con el Derecho Penal. Sin embargo, ese vínculo aún tiene fuerza y vigencia; el control formal es persistente, y subsistirá por mucho tiempo con leyes, policías, jueces y cárceles. Sin embargo, la atención que la criminología concede a ese núcleo. *duro,* no impide estudiar todo tipo de fenómenos paralegales y parajurídicos que tiendan a completarlo o fortalecerlo, como tampoco a todas aquellas experiencias sociales que puedan tener utilidad para superar el sistema penal. La solucioón punitiva puede llegar a ser dejada de lado como modelo válido, buscándose y propiciándose otros que la superen. Uno de los problemas a resolver, en este sentido, es el del espacio que media entre proposiciones de máxima, como las del abolicionismo, y la realidad existente del fenómeno del control forma y sus productos. El riesgo del esencialismo negador de la realidade es un dato a tomar en cuenta, especialmente a la luz del fracaso de las propuestas marxistas de los ochenta. De todos modo, volveremos más adelante específicamente a este tema. *El Derecho Penal pasa a ser así sólo una referencia importante y problemática a interpretar, contener y si es posible, a superar.*

La criminología toma como objeto al Derecho Penal, a sabiendas de que la criminalidad es un indicador relativo y circunstanciado histórica y socialmente. De tal modo, *la criminalidad* no es un objeto concreto y constante, dado, digamos, por Dios, el destino o la natualeza, sino que es una creación conceptual, cruzada por variantes infintias, que se mueven al compás de los tiempos, los modelos

y los intereses sociales. La criminología actúa a sabiendas de la esencia última de carácter político de los sistemas de control formal, sin que ello le impida realizar investigación parcial o local o circunstancial, ni trabajos de campo sobre esa criminalidad, presentada habitualmente en forma abstracta o (mal) intencionada. Asimismo, es plenamente legítimo efectuar estudios etiológicos en el marco antes delimitado, o sea, analizando personalidades individuales, cuyo conflicto con las autoridades es *una contingencia* que no les asigna cualidades diferenciales, salvo en situaciones sumamente específicas, de las que no son responsables los propois analizados. Pongo por ejemplo, el estudio de un *sindrome carcelario* que pudiera percibirse generalizadamente, como consecuencia de los procesos específicos de prisionalización, o sea, como resultado de un sistema forzoso de convivencia violenta, y no de problemas biológicos generalizables de los internos. Destaqué anteriormente, que, de subsistir sectores positivistas reacios a admitir el carácter histórico y contingente del Derecho Penal y a negar la diferencia entre las definiciones y lo definido, quedará a su cargo la esterilidad de esa insistencia en enfoques arcaicos, propios del museo de antropología criminal lombrosiano, o sea, como testimonios curiosos de un momento científico superado.

Estoy convencido de que, con un esquema como el propiciado, se puede trabajar simultáneamente desde enfoques diversos, pero no excluyentes, para seguir avanzando en el conocimiento del control social formal, abarcando desde la normativización hasta la ejecución, con todos los efectos que provoca en las personas involucradas y también sobre la sociedad. Veremos, a continuación, que si hay algo especial que caracteriza nítidamente al control en latinoamérica y justifia un análise centrado en nuestras particularidades locales, es el alto contenido de violencia irregular, clandestina, extrainstitucional aunque no tanto, porque estos *desvíos* – tan *útiles* para los sistemas de control establecidos – emergen frecuentemente de los propios aparatos oficiales de control, como policía, ejército y otros grupos militarizados. *Los criterios de eleminación y represión se ajustan, en estos casos, a los patrones selectivos propios del Derecho Penal y sus estereotipos, lo cual dista mucho de ser una coincidencia.*

Hechas estas salvedades, veamos cuál es el panorama latinoamericano que rodea al núcleo duro del control formal, con toda la pléyade de sus consecuencias.

4. El control social en América Latina: caracteres generales

Al desarrollar este tema, se corre el peligro de caer en la redundancia y transitar lo trillado ya que, desde hace unas dos décadas, los criminólogos y penalistas críticos venimos luchando y denunciando una cantidad de incongruencias e iniquidades producidas por nuestros sistemas penales, tanto en su fundamentación filosófica, como su puesta en práctica y sus resultados.

Por esta razón, y con contrariedad, me permito reproducir conceptos que elaboré hace años, sin cambiar ni una coma. Así, puedo seguir afirmando, sin temor a equivocarme, que *los sistemas legales y judiciales de Latinoamérica siguen sirviendo al mantenimiento de estructuras sociales discriminatorias, injustas y profundamente desiguales, pese a todas las proclamas bien intencionadas que aparecen en la superficie y a las listas de garantías que no se cumplen.* Los grupos policiales y parapoliciales hacen sentir su acción, casi excluyentemente, sobre los sectores marginados de todo poder social.[13]

(13) Ver mi artículo Crisis del control social punitivo en América Latina, *Bol. de la*

Zaffaroni afirmó hace casi 10 (diez) años, que "el dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vestusto arsenal de racionalizaciones reiterativas; nos hallamos ante un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad.[14]

Los sistemas penales latinoamericanos presentan diversas características comunes, suficientemente destacadas, como las siguientes:

a) *una operatividad selectiva y criminalizante*, porque se estigmatiza y encarcela predominante y casi exclusivamente, a personas provenientes de los sectores sociales más desfavorecidos y carentes de poder, que padecen diversos déficits, como inserción laboral o social, salud, educación etc.

La situación de los latinoamericanos de clase baja ante los diversos segmentos del control, es netamente desfavorable: ante la policía se encuentran en una situación parecida a una guerra social no declarada, en el proceso penal son sometidos a condiciones inquisitivas, están en manos del Poder Estatal como insignificantes sujetos sin posibilidad de respuesta que neutralice a sus contralores. Esta cuestión, y lo referente a las víctimas, son temas oportunamente visualizados y generalizados por el movimiento abolicionista. Por contraste, pueden ver como, a su lado, los poderosos son asistidos por un regimiento de abogados que presentan toda clase de escritos, reclaman constantemente, son reporteados por la prensa, amenazan a los jueces mediante sus influencias políticas y económicas etc. En realidad, no tenemos un sistema procesal: son dos, coexistiendo paralelamente y diferenciados según el poder que pueda deplegarse frente al Poder Público. En cuanto a las condiciones de prisionalización y egreso post-penitenciario, nos explayaremos más adelante en amplitud, no sin adelantar que se trata del aspecto más destructivo de toda la maquinaria de control forma;

b) *importantes sectores sociales son impunes frente al control formal*: es la contracara del problema anterior. Existe un alto grado de impunidad (podría afirmarse que casi total) respecto a los delitos de cuello blanco, incluso en su acepción más amplia, que abarca los aspectos económico, fiscal y administrativo. La impunidad favorece también a los sectores con poder armado oficial, con independencia del grado de dañosidad social de los hechos cometidos. Los ejemplos más espectaculares son las actuaciones referentes a los militares genocidas de Argentina y Chile. En Argentina se logró juzgar a las cúpulas militares, pero la mayor parte de los autores directos de gravísimos delitos fueron favorecidos con indultos, aministías y otros atajos legales. Los presos comunes inciarion, por aquél entonces, sin mayor éxito huelgas y protestas, para lograr similares ventajes, considerando – con razón – que la suma de sus crímenes no era comparable al genocidio acompañado de secuestros, tormentos y violaciones, practicado contra decenas de miles de personas. En Chile, sólo excepcionalmente y bajo presión norteamericana, se pudo juzgar y condenar al General Contrearas y algunos colaboradores, mientras su jefe y cómplice, el General Dictador Pinochet, continua al frente del ejército y hasta tiene la reserva constitucional de convertirse en senador vitalicio. En México siguen sin esclarecerse importantes crímenes de Estado, aunque a gritos se señala a los responsables. El ex-presidente Salinas está fuera del país y del alcance de la ley, como los

Comisión Andina de Juristas, n 30, sept. 1991, Lima: Perú, p. 9 *et seq.*

(14) ZAFFARONI, Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989. p. 16.

banqueros fraudulentos de Venezuela – más de 100 (cien) – de los que no se pudo obtener ninguna extradición, determinando la renuncia del Procurador, hastiado de tanta impotencia. Collor de Mello fue destituído de la Presidencia de Brasil por notables actos de corrupción multimillonaria, pero ahora, radicado em Miami, construye una fastuosa mansión y continúa con su vida principesca. Los códigos penales omiten tipificar delitos de soborno, corrupción o enriquecimento ilícito practicados desde el poder mediante sus resortes políticos y económicos.

El lavado de dinero, la evasión impositiva, los tremendos sobornos en que se entremezclan negocios privados con intereses públicos, como las privatizaciones, el repentino enriquecimiento ostentoso de personajes que surgen de la nada, el contrabando y la falsificación de mercadorías en gran escala, que sustentan economías completas, como en el caso del Paraguay, más el comercio de drogas, que se irradia en las más altas esferas oficiales, continúan cubiertos por un telón que nadie se atreve a abrir. En nuestros países, el método más exitoso para escapar al control no parece ser sutil, peligroso, o clandestino, sino la ostentación escandalosa de las riquezas acumuladas, demonstrando a las claras, mediante la frivolidad y el desparpajo compartidos, el obvio vínculo con el poder protector, la solidez inconmovible del *status* de impunidad alcanzado. Todo esto en craso contraste con la miseria que afecta a la mayoría de la sociedad, limitada al rol de espectador.

c) *burocratización judicial*: se trata del sistema de trabajo generado por nuestros sistemas procesales, que aún reformados y modernizados se esterilizan rápidamente por la ideología represiva dominante en la subcultura judicial y su susceptibilidad a las presiones de la política y los medios. Con la idea de *burocratización* se alude también[15] al conjunto de respuestas estereotipadas, de ritos de trámite y razonamiento, orientadas explícitamente a trabar, dificultar y perjudicar, especialmente a indefensos ante la maquinaria judicial. El desprecio se orienta no sólo a marginales, sino también a minorías indígenas o extranjeras carentes de representatividad y consideración en la cultura del estamento judicial, y finalmente a todos los acusados por delitos sexuales. Los aparatos de justicia otorgan un valor desmesurado a detalles puramente formales y pretendidamente asépticos, privilegiando la pura interpretación literal, invirtiendo el beneficio de la duda y vivenciando la pertenencia a la justicia como un *status* social superior, apoyado en prejuicios populares sobre el poder de los jueces. Se confiere al trabajo judicial un valor ficticio de *eficacia*, que se mide por estadísticas manipuladas, donde se abultan con banalidades las cifras de asuntos, la mayor parte de los cuales carece de importancia social. Se presume que el mérito y la consideración social están en relación directa a la cantidad de imputados que se encarcela y a los que luego se dificulta de mil modos la posibilidad de excarcelación. El modelo del *buen juez* no es precisamente el del famoso *Magnaud*, sino el del juez represor y abusivo, que se escuda y justifica en su ciega obediencia a los textos legales, de los que sería un fiel servidor acrítico. El respeto a las garantías es cuestionado como una especie de traición, de irresponsabilidad, o de acto de demagogia política, definido por los comunicadores como *justicia permisiva* que no protege a la comunidad.

La burocracia penal es la principal responsable del atraso en los procesos,

(15) Ver ZAFFARONI, Eujenio Raúl *et al. Sistemas penales y derechos humanos en América Latina – informe final.* Buenos Aires : Depalma, 1986, p. 425.

del estancamiento del támite y la saturación carcelaria con presos preventivos. Para colmo, en muchos países latinoamericanos, la preparación y capacitación de jueces y funcionarios es muy deficiente, o esos puestos se llenan con adictos al partido gobernante, dando, además, un sentido político a la arbitrariedad profesional.

d) *legislaciones retardatarias*: numerosos países latinoamericanos aplican una legislación obsoleta y retardataria, que se acentúa en materia contravencional. En particular, los resabios peligrosistas, con sus tratamientos inexistentes para las patologías criminales, sobreviven, casi centenariamente, en diversos códigos penales. El proceso escrito, denso, lento y burocrático, prolonga en el tiempo las instituciones de la colonia. Cuando una reforma hace avanzar técnicamente al sistema, se producen airadas reacciones ante cualquier caso resonante, que propician la fulminante aprobación de *contrarreformas* que emparchan y desnaturalizan los aspectos positivos de la legislación novedosa. En la Argentina se ha llegado al prodigio de técnica legislativa, de producir *leyes que se niegan a sí mismas*. Pueden ponerse como ejemplo da Ley 24.390, que puso un tope a las prisiones preventivas para adecuarlas a las nuevas cláusulas constitucionales, concordantes con el Pacto de San José de Costa Rica, y de la Ley 24.316, que introdujo la *Probation* para reducir las penas de encierro. A partir de textos confusos y retorcidos, interpretados por los jueces en el sentido más restrictivo posible, se logró que los efectos prometidos por esas leyes no se produjeran, y más bien, que no tuvieran ninguno.[16]

e) *desacople funcional entre instituciones del sistema*: el funcionamiento real de los estamentos judicial, policial y penitenciario dista de presentar la armonía estipulada en las leyes. Por momentos, el desempeño de los sectores se torna corporativista y funciona antagónicamente. Se falsifican o hacen desaparecer pruebas y expedientes, o se testimonia falsamente para proteger colegas, se amenaza o intimida a jueces o abogados, etc. Los sumarios administrativos o procesos penales para investigar las irregularidades de los miembros de estas agencias son archivados regularmente sin haberse obtenido resultados concretos. Hay sordas disputas de espacios de poder, protagonizadas especialmente por las policías poderosas, a las que les resulta un lastre toda dependencia y control del poder judicial. Su ideal de processo es el modelo inquisitivo, con la mayor posibilidad de detención, interrogatorio, y conducción de la labor instructoria.

Hay atribuciones de culpas recíprocas ente los segmentos cuando se les acusa de ineficacia, y frecuentes campañas de intimidación pública de la policía, haciendo transcender noticias alarmistas sobre la indefensión de los ciudadanos, la *intromisión de los jueces* en su labor, la excesiva blandura de las leyes etc.

f) *fluído pasaje de la violencia institucional a la operatividad ilegal o clandestina*: generalmente a cargo de funcionarios policiales, militares o de organismos militarizados, como gendar-

(16) En mi voto en el fallo de la causa 27.360, de marzo de 1996, actuando como juez de Cámara, manifesté que los jueces debíamos actuar de oráculos, advinando la ley, y que "las opciones esenciales (de la ley) son incompatibles entre sí, porque, de un lado, defender la congruencia del texto implica no conceder sus beneficios a casi ningún solicitante y del otro, extraer profundas conclusiones filósoficas de lo incongruente, lleva a otras contradicciones también esterilizantes. La Ley 24.316 me semeja a una realidad virtual: parece que existe, e incluso la aplicamos, pero quizá se trata de un mero engaño a los sentidos, especialmente al más común de ellos".

merías o carabineros. Se trata de la realización de secuestros, aplicación regular de tormentos, ejecución de sujetos sospechosos o molestos etc., que muchas veces pueden derivar en o de negocios organizados, sea para *dar protección, hacer la vista gorda* u obtener comisiones de actividades clandestinas, como la prostitución, el juego, tráficos diversos etc. En ocasiones, la operatoria policial paralela es requerida y financiada por empresarios o comerciantes, para asegurar sus negocios, como sucede en Brasil, en particular con la *limpieza* de niños de la calle. La corrupción policial, los bajos sueldos, la mala preparación, la manipulación ideológica y otros factores, hacen de las policías, frecuentes peces de dos aguas, que conviven entre momentos de legalidad e ilegalidad, haciéndose más temibles que la temida delincuencia;

g) *la inseguridad general y la privatización del control:*

es innegable que los márgenes de violencia han aumentado en toda América Latina, y siguen creciendo al compás de la anomización de nuestras sociedades. A lo que era antes violencia entre clases se suma una violencia intraclasista y buenas dosis de violencia irracional. Las clases acomodadas se van marginando a sí mismas, encerrándose en ghettos superprotegidos y fortificados, donde frecuentemente resultan víctimas de sus propios custodios. Los poderosos se desentienden de los excluídos del sistema de capitalización y consumo, quienes van quedando librados a su suerte en barriadas, favelas o cantegriles, donde la seguridad es autogestionaria o la brinda el más fuerte. Fenómenos como los *justiçeiros* de San Pablo – matones contratados por los marginados para *hacer justicia* en sus sectores – se van multiplicando.

El rápido abandono por el Estado de sus tradicionales obligaciones, ha debilitado enormemente toda tarea preventiva o de presencia institucional, dejando enormes áreas urbanas libradas a su suerte.

Los malos sueldos, la corrupción y las funciones políticas de las policías latinoamericanas han dejado también a la buena de Dios la investigación de los delitos, o sea, al completo arbitrio de quienes ejercen la función en un lugar y momento dados. Así, la recepción de una denuncia, o la concurrencia de la autoridad al lugar de un hecho delictivo es casi un favor y generalmente una exacción para el (dos veces) damnificado.

El entremezclamiento de los cuadros policiales con actividades delictivas o de tácita extorsión a diversas actividades, ilícitas o nó, han expandido y generalizado la desconfianza hacia los encargados naturales de proveer el producto seguridad. Este producto se ha privatizado en buena medida, incluso en las policías oficiales, que ahora tarifan sus servicios de custodia, que sólo pueden ser poseídos por quienes dispongan del poder económico o político necesario. La proliferación del doble empleo de los agentes, quienes cubren funciones en la policía oficial y en las empresas de seguridad privadas, o en los servicios extras tarifados como particulares (llamados en Argentina *adicionales*) así como la multipicación geométrica del negocio de la seguridad privada, el armamentismo privado, la seguridad electrónica, las policías privadas, y hasta la tendencia de privatización carcelaria, están trastocando radicalmente el paisaje del orden y la seguridad que conocimos en el siglo XX. Estos fenómenos necesitan ser analizados en profundidad, tarea que tengo emprendida en el tomo segundo de mi trabajo, y que, sin duda, anticipa el perfil del modelo de control que nos ocupará de lleno tras el año 2000;

h) *sistemas penitenciarios deficientes*: las cárceles no reúnen, en América Latina, patrones regulares y serios de salubridad,

seguridad interna ni infraestructura para atender a miles y miles de segregados, que se deterioran al paso del tiempo inconcebible que demoran sus procesos. Está probado por diversos estudios, que el preso sin condena es la fuente principal de la superpoblación y crisis carcelaria. Sin embargo, esta parece ser una contradicción insalvable, que sólo se atina a resolver mediante algunas construcciones de nuevas cárceles, que, fatalmente, con el paso de los meses, igualan el deterioro de las precedentes;

i) *el rol cultural, informativo e ideológico de los medios de comunicación*: he señalado insistentemente el rol de primera importancia de los medios, en la realimentación de las visiones más retrógradas y clasistas del control. Se explota fundamentalmente la faz emocional del fenómeno delictivo, se escamotean las ilustraciones de la realidad incómodas para el modelo vigente, se refuerzan estereotipos y prejuicios, se comercia con el sensacionalismo de la crónica negra o la página amarilla, incluso a través de la prédica de periodistas corruptos o francamente ridículos, que superponen el poder de la imagen a cualquier regla de análisis lógico.

f) *colofón* en resumen, nuestros sistemas penales son ineficaces y contraproducentes, porque multiplican la desigualdad e injusticia, atizando el pánico a la inseguridad y el clamor por una seguridad selectiva que, en realidad, ha sido siempre inexistente, salvo para las clases acomodades, que recurren, en medida creciente, a la privatización rentada del cuidado de sus vidas y bienes. Los síntomas de deterioro presentan algunas diferencias en los diversos países de la región. Seguramente el segmento más generalizadamente deteriorante es el penitenciario, y le siguen en escala descendente la policía, el mal periodismo, la justicia, los funcionarios etc. Lo que sí puede generalizarse, más allá de ciertas realidades materiales diferentes, es la ineficacia de los sistemas penales en su conjunto y un deterioro acelerado, que incluye hasta la tranquilidad psicológica que representaba su función simbólica. La crisis sostenida que se detecta en nuestro *estados de derecho* y la desconfianza que generan, lleva con poco disimulo a la tentación reiterada de restaurar formas arcaicas de control. La vindicación elemental se vé favorecida porque en nuestros países no hubo una verdadera profundización y ampliación de la democracia tras las dictaduras de los setenta y ochenta. No ha habido democracias distributivas de justicia y bienestar, que a los ojos del pueblo identifiquen al Estado y las instituciones como sus verdaderos representantes y protectores que le brindan seguridad, sino que, por el contrario, el desmantelamiento de nuestros estados y la ampliación masiva de la ignorancia y la marginación, en condiciones de deterioro nunca vistas, han sumergido a nuestros pueblos en el escepticismo y el individualismo errático de la supervivencia, que para los sectores desprotegidos abarca los delitos contra la pequeña propriedad. La inseguridad se ha generalizado, inundando todos los resquicios de la vida social, en todos sus niveles. Lógicamente, la inseguridad de los grupos de poder difiere totalmente de la de los sectores sumergidos, pero lo cierto es que lo imprevisible, lo paradójico y lo absurdo, han venido a complicar aún más el delicado cuado conocido de la preservación del orden, la seguridad y el control en los países latinoamericanos, culminando un siglo que se inició con la expectativa de que la razón y el progreso nos harían libres de estos y muchos otros problemas.

5. ¿Qué criminología para el tercer milenio?

A esta altura de mi exposición, queda claro que soy partidario de revitalizar y

reelaborar una criminología, con carácter de disciplina científica (dejando de lado la presuntuosidad de conformar una *ciencia autónoma*), que será necesariamente interdisciplinaria, y que tendrá por objeto preponderante al sistema penal. La relación cohesionadora entre las diversas disciplinas que la integran y sus métodos y técnicas, es una misión central de la criminología que aspiramos a reconstruír. Si la pretendida integración se lograse surgirá, sin estridencia, un paradigma que elaborará las reglas del método propias y específicas; en otras palabras, la teoría filosófica o científico-social que abarque el todo disciplinario, superando los límites metodológicos.

En las investigaciones fundamentales y en la búsqueda de la totalidad común, el método dialéctico puede ofrecer las mejores perspectivas, siempre que, como recomienda Gurvitch, se libere la discusión metodológica de la disputa ideológica que, de lo contrario, conducirá a contradicciones y a la esterilidad disciplinaria. Aún cuando los resultados y tesis fueren controvertidos, debe asegurarse un buen nivel metodológico común, postergando otras polémicas para el momento de la evaluación. Esto no implica *despolitizar* temáticas y no se aprecia el perjuicio que puedan causar búsquedas múltiples de respuestas, siempre que permitan ser claramente evaluadas para su oportuna justificación o rechazo. Lógicamente, una búsqueda pluralista y abierta a modelos diversos no será posible cuando las interpretaciones se hagan por vía de argumentos de autoridad o desde exclusiones ideológicas. De todos modos, dejamos sentada la convicción de que los sectores criminológicos más dinámicos, los que inquieren sobre la sociedad y su futuro, deben ser necesariamente críticos, con la libertad crítica más amplia que fuese posible. No es imaginable ya una criminología como servicio útil para una sociedad inmutable, porque hoy, más que nunca antes, resulta evidente que tales socieades no existieron nunca, y que los modelos hegemónicos duran cada vez menos.

El objetivo final de esta criminología que es preciso articular con la mira puesta detrás del año 2000 es, entonces, *una pretensión integradora, con objetos y métodos propios, y una sólida capacidad explicativa de la naturaleza y funcionamiento de de los sistemas de control formal.* Esta meta es todavía lejana, pero no imposible, a la luz de las dificultades que afrontan las ciencias sociales en general: la panacea no anida en ninguna de ellas, ni siquiera las que detenten coyunturalmente un rol de vanguardia.

Los caracteres de esta reformulación necesaria están por verse, se encuentran todavía en un proceso de conformación signado por contradicciones, desorientación, escepticismo, malos entendidos y los remanentes de viejas disputas estériles. Por ello sería un acto de adivinación adelantarse a los acontecimientos del mundo globalizado, que nos depara nuevas sorpresas todos los días. Sin embargo, algunos parámetros parecen afirmarse ya con gran probabilidad de ser orientadores del trabajo de investigación de nuestra criminología. La profundización actual de la crisis latinoamericana no parece ofrecer una salida razonable y comunicativa para las sociedades de América Latina. Más bien indica que nuestros países marchan hacia un cataclismo social de proporciones que no queremos imaginar, para no caer en lo apocalíptico, pero sin disimular nuestros malos presagios.

Antes que sucedan deteriores irreparables, será nuestra misión imaginar, prever ese futuro incierto, desde un presente que, más que permitir, obliga al debate en profundidad de la legislación penal, la justicia, los sistemas penales y todos sus consecuencias. Es la luz de esperanza de que, en medio del deterioro

institucional, el sistema no tendrá más remedio que aceptar cambios notables en aspectos hoy racionalmente insostenibles. La crisis desesperante y terminal del sistema carcelario es un bueno ejemplo de ello.

En definitiva, si no se sabe a ciencia cierta cual es el modelo de civilización para occidente en el siglo entrante, y cuales valores guiarán las nociones sociales de coexistência, tampoco puede afirmarse tajantemente que estos modelos de control social seguirán perdurando. Llegado el momento de los cambios, la criminología debería tener el rol protagónico que aspiramos darle, en defensa del individuo desprotegido antes los poderes que lo abruman.

Es preciso prestar atención ahora a las cuestiones más debatidas y analizadas en criminología en las décadas anteriores: la situación política y social, el poder, la marginalidad, el rol del Estado y lo medios, el funcionamiento real del control formal en nuestros países, el análisis crítico de la legislación, los jueces, la policía y los sistemas carcelarios etc., frente a fenómenos muchas veces originales en el campo de lo criminalizado, y frente a nuevas conformaciones políticas y axiológicas de la sociedad, que nada tienen que ver con los modelos tradicionales que originaron los debates de décadas pasadas. La realidad cambió, y también deben cambiar los marcos de referencia que la hagan cognoscible, comprensible, transformable. Así, problemas como el de la droga, el lavado de dinero, la corrupción la trasnacionalización del delito, los delitos electrónicos, la privatización de la seguridad y su tecnificación, van indicando que el siglo venidero tendrá un perfil completamente distinto en materia de sistema de control, sobre los que vale la pena intentar algunas prognosis.

Nuestros países del área latinoamericana viven un momento histórico muy especial, ligado a la globalización de las economías y los graves condicionamentos que nos impone esta coyuntura desfavorable de eternos deudores. Es preciso repensar el Estado y los entes supranacionales del futuro, no desde la perspectiva idealista del panamericanismo muchas veces declamatorio, sino desde la ralidad posible. ¿Qué clase de democracias tenemos y cuál es su viabilidad real? ¿Existe voluntad de profundizar estas democracias, en un sentido extensivo que comprenda y acepte a los diferentes y marginados del poder? ¿O avanzamos hacia nuevas manifestaciones de violencia de signo cada vez más irracional?

Como puede verse, interrogantes hay de sobra y – lamentablemente – pocas respuestas. Por ello, considero inevitable revisar nuestras interpretaciones y modelos de las décadas pasadas: las propuestas, los desarrollos teóricos, algunas obras en particular de los criminólogos de mayor influencia en el área, repasando las alternativas que dejaron, algunas de ellas todavía vigentes y operativas. Con tan valioso material, se podrá teorizar sobre un nuevo marco posible para el control social del siglo venidero, del que nos separan sólo 3 (tre) años.

El repaso del camino recorrido es engorroso, porque obliga a revisar ideas y propuestas que perdieron vigencia o directamente nunca la tuvieron. En ese camino, la posibilidad de herir susceptibilidades es alta, tanto como la de reavivar polémicas que, a mi entender, ya carecen de sentido. Estas circunstancias disuaden de enfrentar la montaña de publicaciones enmarañadas, sueños y realizaciones que dejó la criminología de los años setenta y ochenta en nuestra área cultural.

También se pueden omitir materiales valiosos, que una ley de la fatalidad – del tipo de las de Murphy – siempre hace conocer cuando es tarde, o ser injusto en la valoración de los trabajos conocidos o hacer primar una subjetividad caprichosa.

La velocidad de la información y la capacidad de ir modificando posiciones sobre la marcha es inevitable, y resulta difícil diferenciarlas, en su carácter de verdaderas técnicas de razonamiento e información, de lo que podría ser el oportunismo sistemático, el eclecticismo, la irracionalidad posmoderna.

Esta parte del trabajo asumirá el desafío de caminar entre esos campos sensitivos – se diría que minados – y evaluarlos con la mayor buena fé posible, sin ánimo de herir y deseando no ser herido.

Una tarea semejante no puede entenderse hoy, sin un análisis de la violencia en América Latina, de las construcciones ideológicas que se expresaron y expresan por la vía insurreccional, de las gestas de liberación que se intentaron, em búsqueda de lo mismo que seguiremos rastreando: la posibilidad de conformar sociedades justas; por lo menos, más justas que las que tenemos.

Sin el pasaje por estas duras prueblas, no puede hablarse, según entiendo, del control social del futuro, de mejores sistemas jurídicos, de la abolición de la pena o de un uso alternativo del Derecho, por citar sólo algunos de los temas y propuestas que nos ocupan durante el siglo XX.

Recién al final de tan espinoso recorrido, rozando muchas heridas aún no cicatrizadas, tras repensar las cosas que creímos definitivas y claras, logrando comprender *lo que está*, con prescindencia de *lo que deseamos*, podremos *tal vez*, elaborar nuevas estrategias humanitarias y democráticas, en torno al problema de las famosas nociones de delito y control social. Ya no es necesario poseer una *Weltanschauung*, una visión del mundo con todas las soluciones preconcebidas para el futuro, como vía de operar en lo social. Ahora el impulso es mucho más modesto y consciente de los riesgos. Vamos al combate desnudos y temerosos, sin grandes sensaciones de triunfo, dejando atrás la presunta seguridad de la armadura ideológica, con sus estrandartes flameando al viento en medio de himmos triunfales. De Quijotes arrebatados y febriles, inciamos el camino a Sanchos Panza simples y humanos, dotados del sentido común más modesto. Lo que no significa, a mi entender, ser menos o poder menos. Quizá, todo lo contrario, dentro de nuevos límites.

Es así como deseo coronar este trabajo, con unas propuestas que puedan ser útiles mas allá de su ortodoxia teórica, permitiéndonos inspirar un halo de optimismo ante los extraños ruidos y formas que se presienten en la penumbra, tras el ominoso telón histórico que se levantará el 31 de diciembre de 1999.

Zelaya, Provincia de Buenos Aires, abril de 1997.