

DO PRINCIPIO DE OPORTUNI-

DADE EM DIREITO PENAL.

UBIRAJARA ROCHA

Ubirajara Rocha

MAU grado não ser amparado em texto de lei alguma, vigora e funciona, em nosso mecanismo policial, quando se defronta com determinados tipos de infração penal, o chamado "princípio de oportunidade".

Vale dizer, contravenções (delitti piccini, delitti nani, o "delito anão"), delitos insignificantes, ações ilícitas revestidas de irrisório dinamismo antissocial, infrações de reduzida quantidade política passam, diariamente, na prática policial, para o ról dos fatos inverificáveis e impuníveis. Tal procedimento dos agentes ou representantes do poder policial é, geralmente, ditado por sólidas razões de interesse público, sem quebra do dever funcional nem estridente violação da ordem jurídica e da paz social. O raciocínio, invariavelmente seguido pelas autoridades policiais, nesses esporádicos casos de apreciação subjetiva dos modestos episódios ilícitos, é o de que, por vezes, beneficiando-se o culpado, beneficia-se reflexamente a sociedade. O próprio grêmio social, representado pela opinião pública, encarnado pelo sentimento popular, tácitamente aconselha tais benevolências de política criminal, que somente podem ser tachadas de criminosas em face do rígido espírito da lei ou na mente rigorosa do legislador penal.

Semelhante procedimento das autoridades de polícia não acoberta nenhuma perversão jurídica ou funcional; assim procedendo, não prevaricam nem descambam para a negligência os guardiães da lei, ^{os} ~~os~~ missionários da ordem social. É indubitável que o povo vê com olhos benignos a comissão de certos eventos criminosos, apreciando-os com diáfana indulgência, julgando-os longe da rigidez dogmática e da severidade científica da lei. É inegável, é palpável a existência, nas extensas plagas sociais, dos "pseudo-criminosos", dos autores de "delitos jurídicos", como os denominava Garofalo, os quais não passam de reações de mero perigo abstrato para o Estado. São condutas humanas genêricamente antinormativas, que evidenciam a superfluidade

superfluidade da pena; são ações habitualmente toleradas pela opinião pública, ainda que constituindo transgressões proibidas e reprimidas pela lei. São inumeráveis ^{as} hipóteses criminosas dessa espécie; entre elas, figuram o adultério do homem, o atestado gracioso ou falso, o aborto por motivo social, o recebimento de "luvas", as estipulações usurárias, etc. Nítidamente revelam, essas e outras infrações da mesma intensidade criminal, que a consciência do legislador foi mais exigente que a consciência da coletividade.

Em resumo, geralmente a consciência social inclina-se a perdoar os protagonistas dos chamados "crimes artificiais", ou de mera criação política.

Na vasta principiologia jurídica dominante em nosso país, no imenso painel da hermenêutica e da jurisprudência pátrias, deparamos com máximas que, ao menos tedricamente, justificam e coonestam o alheamento das autoridades repressivas do Estado, quando postas em face de certos fatos puníveis. Entre elas é citável a que afirma:- "De minimis lex non curat" (Não cuida a lei de bagatelas). Evoque-se, ainda, o vetusto adágio:- "Minima non curat proetor".

Eruditamente, o critério da conveniência, também chamado "princípio de oportunidade", pode arrimar-se, ainda, nas denominadas "normas elasticas", aludidas por Ranelletti, Cammeo, Moreau, Giraud; pode apoiar-se nas "palavras válvulas", aventadas por Wenzel, as quais constituem as bases ou os alicerces do "poder discricionário", poder que doutrinariamente todos os autores ^{modernos} conferem à administração policial.

Do exposto bem se pode aquilatar que, ainda movendo-se na faixa ou na pura área da ilegalidade, não incidirá nas penas do artigo 319 do Código Penal Brasileiro a autoridade policial que, em certos casos, contemplar com indiferença funcional a prática de transgressões penais de mínima repercussão no domínio social. Tem a autoridade a faculdade, subjetivamente outorgada em costume tradicional, de não instaurar o inquérito legal para esclarecimento dos fatos em alusão. Podemos asseverar, em análise mais aprofundada do problema, que se trata de um verdadeiro privilegium, não sancionado

sancionado na letra de nenhuma lei escrita, mas tãcitamente autorizado pelo "espírito" da legislação. Assim sendo, em certas e excepcionais situações, agem os profissionais da aplicação da lei como políticos, quase participando da criação do direito. Em tais conjunturas, exibem um saber jurídico e social que, no feliz conceito de F. Aftalion, além de intelectual, é emocional. Porque, com efeito, o sentimento da justiça só é percebido emocionalmente (Clovis Bevilacqua).

Voltaremos ao assunto.

(a) Ubirajara Rocha
- Ubirajara Rocha -

II

Ubirajara Rocha

A discussão jurídica, ou melhor, a elucidação ou ventilação do assunto que ora nos preocupa (critério da conveniência ou "princípio de oportunidade" em face de certos crimes), tem sido fomentada e construída por excelsos tratadistas, por notáveis mestres do jus-penalismo. Embora não apresentando genuíno brilho teórico ou doutrinário, o tema no entanto já está na literatura especializada. Na prática ou na experiência diária, vemos que ele não assume o aspecto de nenhuma tese exdúxula, nem briga com os cânones do bom-senso. O ilustre magister bandeirante, Basileu Garcia, à página 537 do compendio ideal que escreveu sobre as "Instituições Penais", assim se exprime a respeito da melindrosa matéria:-

"Criminalistas há que defendem a adoção, nas legislações, do chamado princípio de oportunidade. As autoridades incumbidas da repressão teriam o direito de alhear-se a qualquer iniciativa, em certos casos, em face de determinadas condições, uma das quais seria, evidentemente, a de apresentar mínima importância o fato, embora enquadrável na lei. Nada se dispõe, nas leis brasileiras, a esse respeito, mas, na prática, é comum permanecerem inertes os órgãos da atividade repressiva perante ocorrências insignificantes, quando deficientemente demonstradas. Sem consagração legislativa, o princípio, portanto, opera".

É de se inferir, por conseguinte, que se trata de um princípio teórico e praticamente sedutor, atendendo e correspondendo a sensíveis aspectos da realidade, além de encontrar o favor da opinião dominante em nosso meio.

Sintetizando, é-nos lícito sustentar, com bastante plausibilidade, que, em determinadas hipóteses da vida jurídico-penal, o que o Estado proclama legislativamente pode bem ser contornado na prática da vida quotidiana, sem contudo ferir mortalmente os cânones da criteriológica jurídica. É o triunfo do senso comum sobre a inter-

interpretação mecânica ou judaica da lei. O intérprete respira o oxigênio puro da independência, deixando de ser mero prisioneiro da rígida e fria pesquisa formal do direito. As chamadas "decisões pretorianas", nas quais o duro direito escrito se adoca no elevado sentimento da equidade, apresentam-se com frequência em nossas delegacias de polícia, podendo então as autoridades policiais dar solução criteriosa e sensata a diversas ilicitudes penais de ínfima intensidade objetiva.

A cominatória penal, sem embargo de ser solene e enérgica em seu claro e positivo enunciado legal, pode, por vezes, ser sufocada ou estrangulada por superiores razões de política criminal. Prepondera, nesse setor da máquina punitiva oficial, uma tendência nihilista contra tópicos legais já superados pelos imperativos da razão prática.

É de autoria do eminente penalista Nelson Hungria a genérica e arguta observação de que, --- "em direito penal, os critérios lógicos muitas vezes têm de ceder aos critérios políticos". Tal é o que naturalmente e comumente sucede no tocante a determinadas leis, que, rigidamente aplicadas, severamente impostas, antes produzem males do que beneficiam as vítimas.

O costume é a verdadeira fonte do direito, no correto ensinamento de Jean Cruet (Cf. "La vie du droit et l'impuissance des lois", 1908). Mostra este notável jusfilósofo francês a inutilidade das leis no controle da vida social. Certas leis podem ser desrespeitadas sem o mínimo dano social, "sendo possível a existência de uma ilegalidade jurídica". Existe, portanto, uma função jurídica da ilegalidade, ou melhor, é permitida uma ação contrária à lei, em obediência ao direito costumeiro. "A ilegalidade, quando é coletiva, deve ser interpretada como um reflexo do desajustamento da lei com a realidade social". O Direito não domina a sociedade, expressa-a tão-somente. ("Cfr. Paulo Dourado de Gusmão, in "O Pensamento Jurídico Contemporâneo", Ed. Saraiva, S. Paulo, 1955, p. 77).

Há uma revolta dos fatos contra certos preceitos legais, revolta que é o eterno drâma do direito (Lévy Bruhl, Gaston Morin).

"Abaixo da ordem jurídica artificial construída pela jurisprudência e pelos legisladores, existe uma ordem jurídica social, que efetivamente controla as condutas sociais" (Eugen Ehrlich). Diz Pena Vinogradoff que --- "a eficiência do direito depende do apoio da opinião pública. Quando a lei não tem em seu favor a opinião pública e não se ajusta às tradições e aos costumes de um povo, pode ser considerada uma norma de pouca eficácia". "A ordem jurídica, quando não tem o apoio da opinião pública, acaba por se desintegrar" (Goodhart). "Somente existe paz social quando a lei se funda na opinião pública. A opinião pública é o alicerce ideal de qualquer sistema jurídico que quer ser eficiente" (Jean Dabin). "Toda a ação do direito tem um único objetivo: o bem da sociedade..." (Olivecrona).

O triunfo da micrologia, a vitória da micrometria podem procriar a injustiça. Na complexa esfera da problemática jurídica, o excesso de justiça conduz à injustiça. Assim bradava Voltaire. Summum jus, summa injuria--- assim proclamavam os notabilíssimos jurisconsultos romanos, do alto do seu clássico senso materialista do direito. "A exageração do Direito é antissocial. É uma espécie de erotismo". Assim exclama Edmond Picard.

O legalismo estreito, mfope, intolerante, desprovido de equidade, o rigorismo mesclado de iclemencia conduzem o agente do poder público a proferir decisões rígidas e glaciais, traduzindo sintomas gigantes, sintomas macroscópicos de incapacidade para compreender e aplicar a lei. Ver, a este respeito, o que escreve Cícero, em "De Officiis (aplicação judaica ou rigorosa da lei).

No vasto campo do entendimento e da aplicação da lei, momentos há em que é necessário invocar-se o célebre "lado humano do caso...". São soluções humanas, jurídicas, embora formalmente extralegis...

(a)

Ubirajara Rocha

- Ubirajara Rocha -

Ubirajara Rocha

A Polícia, na meticulosa coléta dos indícios ou vestígios do crime, no cuidadoso exame dos pormenores circunstanciais do delicto, deve pôr em exílio velhos e perigosos métodos ou processos de investigação. Na busca ou captura da verdade material da infração, o órgão policial deve pôr em fuga os vícios e defeitos oriundos do chamado "sistema legal", porque, no âmago ou no dinamismo interior deste reside a maioria dos erros da investigação criminal, erros que habitualmente desfecham na temível "culpabilidade preconcebida".

Trata-se, é bem de ver, de uma funesta mecanização ou deformação profissional, a qual, além das autoridades policiais, pôde igualmente afetar o espírito e a mentalidade do magistrado criminal. Não é raro que o aplicador da lei penal, movendo-se sob o império ou sob a hipnose parcial de nefastos automatismos funcionais, culmine na prolação de gravíssimas sentenças condenatórias, quase sempre ultrapassando a intensidade objetiva do crime submetido a julgamento.

O excesso é resultado imediato desse perigoso sistema de julgar. Ora, toda pena excessiva, ensina o cauteloso exegéta Von Hippel, torna-se irritante e prejudica o objetivo da intimidação.

Erros policiais e erros judiciários acham-se umbelicalmente ligados, ambos funcionam como verdadeiros irmãos siamezes da justiça penal. Tais erros consomem-se diáriamente como decorrência lógica e inelutável de um exdrúxulo e insensato "método de trabalho", método tão pernicioso e maléfico que pôde, até, transformar em "culpa" a simples falta de um "alibi" com o qual o acusado logre justificar o crime que lhe é imputado.

Semelhante método ou sistema de trabalho, esta-se vendo com uma clareza que se palpa, é o maior responsável pelas estridentes e contristadoras degenerações ou "injustiças da justiça", fenômenos que tantas apreensões causam à consciência ética do povo.

Os vícios, as taras, a desconcertante versatilidade dos elementos materiais de informação, numa palavra, a nosologia da pesquisa criminal mobilizam, na instrução provisória da polícia e no sumário de culpa, um copioso elenco de mentiras e falsidades, especialmente as que nascem da chamada "prova testemunhal", prova que inúmeros publicistas de escol vituperam com o estigma ou o epíteto de --- "prostituta das provas".

Enganava-se Jeremias Bentham, o notável jurisconsulto pragmático, quando qualificava as testemunhas de olhos e ouvidos da justiça. (Cfr. "Tratado da Prova", t. II, p. 93). A prova testemunhal é o ninho onde repousa o ^{erro} judiciário. A experiência tem demonstrado, quase com a mesma constância das leis físicas, a insegurança, a incerteza e a falibilidade da prova testemunhal. Daí vem que, em alguns países, as testemunhas são submetidas a exame pericial (psicostestes), antes de serem inquiridas. Assim, é com profunda sagacidade que Edgar Bertillon observa que os falsos testemunhos constituem, até certo ponto, a base da instituição judiciária.

Tem-se acreditado que a prova testemunhal é sempre necessária no processo criminal, porque, como diz Fernando Ortiz:- " O homem crê sempre necessária uma cousa quando não encontra outra melhor". Diz, também, Basileu Garcia:- "Acerca dos crimes, não se póde imaginar um sistema probatório sem a prova testemunhal. Realmente, apesar das falhas que apresenta o testemunho humano, constitui a única maneira de se conhecer a verdade". E conclue:- "Que é a História senão uma resultante do testemunho, com tôdas as suas falhas e deturpações?"

x

x

x

NOÇÕES errôneas, falsas convicções cultivadas acerca da realidade psicológica dos implicados no epizodio criminal, são de molde a inclinar o espírito do julgador a movimentar uma perseguição inconsciente contra o réu. Essa atitude íntima ou subjetiva, que paulatinamente engendra uma verdadeira volição abstrata de condenar o réu, póde ir ao ponto de arruinar ou demolir tôda a anatomia e tôda

tôda a fisiologia do processo criminal. Destarte, a interpretação crítica da prova eclipsa-se sob a prevenção pessoal do julgador, prevenção que é uma espécie de câncer que corrôe todo o organismo da investigação penal, gerando a maior parte dos erros judiciários.

Réus inocentes todos os dias são condenados a cumprir severas penas aflitivas, vítimas de uma enganosa ou aparente prova indiciária contra eles construída na polícia ou na formação da culpa. Tais condenações resultam, via de regra, de deformadas interpretações da dramática realidade do crime, de arbitrárias apreciações dos elementos de culpa, constantes dos autos. De sorte que, muitas vezes, o erro judiciário é o fatal e inevitável desenlace de uma manipulação canhota ou tendenciosa das leis repressivas do Estado.

A situação é bem trágica, porque é extremamente difícil desvencilhar-se das consequências do erro judiciário. As suas vítimas, ou melhor, os infelizes injustiçados, para alijar ou amenisar sua penosa situação, devem sustentar bravas e demoradas lutas jurídicas, devem travar longas e dispendiosas batalhas forenses, devem lançar-se em prolongadas e nem sempre brilhantes aventuras judiciárias.

O remédio para o erro judiciário... Pode-se asseverar, segundo o ensino unânime dos competentes, que não há remédio para o erro judiciário. Ferri, em sua obra monumental sobre o positivismo criminal, deixou bem frizada a indelével degradação que acompanha como uma sombra o condenado. E o que o notável penalista denominava de "sanções sociais da pena". A condenação criminal (justa ou injusta) sempre ultraja, sempre avilta e vilipendia o delinquente (culpado ou inocente). Notas desonrosas e infamantes sempre permanecem em tórno da personalidade do ^{foi} ~~que~~ vítima (com ou sem razão) do poder punitivo do Estado.

De Lacassagne é a sagaz observação de que --- "a lei condena por determinado tempo e a opinião pública à perpetuidade: três meses de prisão e sessenta de ódio".

(a)

Ubirajara Rocha

- Ubirajara Rocha -

- DO ERRO JUDICIÁRIO -

II

Ubirajara Rocha

URGE que o jurista prático, ou seja, o trabalhador do texto penal esteja, sempre, prevenido contra as ciladas que conduzem a esse verdadeiro problema gigante, que é o erro judiciário. Com inigualável precisão diz o exímio penalista Basileu Garcia:-

"Costuma-se ponderar que o erro judiciário pode ser limitado por medidas cuidadosas na distribuição da justiça. Continuará sendo, porém, uma possibilidade, que jamais será excluída. Avulta com facilidade nos casos que apaixonam e que, perturbando a serenidade dos julgadores, podem levá-los a proferir decisões injustas".

E ainda mais, com o mesmo acerto e propriedade:-

"Seria uma tola veleidade imaginar-se que, através de cautelas processuais, se possa expurgar sempre o veredicto condenatório dessa terrível contingência (isto é, o erro judiciário). Quanto mais graves os delitos, tanto mais difícil, por vezes, se torna a colheita das provas. Porque são cometidos com a preocupação de evitar o delinquente a comprovação de sua atitude. Obscuros os fatos, necessita o aplicador da lei desdobrar-se em cuidados. Então é que, especialmente, há a temer o erro".

Errar é humano, e o erro judiciário entra, naturalmente, - nessa categoria de erro. Dizia Ruy Barbosa, com sua penetrante e sutil sabedoria:- "Qual o ciente, que não erra, o justo, que não desliza, o santo, que não peca, o sol, que se não encobre?". Porém, o homem possui a faculdade de acertar ou ^{errar} ~~horror~~. E de Santo Agostinho a exata ponderação de que a liberdade do erro é o pior gênero de morte para o espírito:- "quae peior mors animae quam libertas erroris?"

Todos os dias são lavradas condenações criminais injustas, impondo expiações exageradas. Cremos que não será arrojada a infâmia que proclamar que não ^{há} expiação justa. "Sem dúvida, por isso, Seuffert, repelindo as idéias penais kantianas, dizia que a expiação

expição justa era uma idéia que só poderia ser explicada se a trasladassem do ambiente humano a um mundo superior, divino, onde se poderia com infinita ciência, predeterminar sua transcendentalidade, recordando a expressão de Moisés: "A vingança é minha, disse o Senhor" (Fernando Ortiz).

x

x

x

AS condenações injustas, ou melhor, a condenação de réus inocentes, de réus que são levados, sem culpa, aos martírios legais das prisões do Estado, representam verdadeiros crimes contra a humanidade. O erro judiciário, cometido com consciência ou displicência, simboliza uma vilania sem nome.

A prática do erro judiciário enquadra-se na moldura da miserável contingência humana. É uma contingência diante da qual todos tremem. Da inteligência e do coração de um autentico filósofo do direito brotaram estas palavras, impregnadas de soberana idealidade moral e jurídica:-

"A Justiça, na falta de Textos Unicos, que a sociedade moderna exige --- deveria procurar na luz da verdade as vias da moral integral, e, por isso mesmo, da esperança, para aplicar-se aos cumes próximos ao Céu, onde a razão tenta maravilhosamente o contacto com o infinito".

x

x

x

COPIOSOS são os fatores que se amontoam, tanto de natureza psicológica como de índole legal, para que um processo criminal venha por fim desembocar na enseada do erro judiciário.

O erro judiciário tem se constituido em tema favorito, em apaixonado debate dos sociólogos, dos filósofos e dos historiadores do direito. Giuriati e Arturo Rocco versam magnificamente o assunto; d'êste último é a expressão:- "E una storia vecchia e sempre nuova (isto é, a velha história que sempre se repete). E é o mesmo grande jurista italiano que prossegue, melancolicamente:-

"Triste confissão a fazer logo de início: o erro judiciário

judiciário é o tributo que a fragilidade, que a falibilidade humana quotidianamente paga à natureza inexorável. A verdade absoluta é es-
finge de que ninguém, legislador ou juiz, pode gabar-se de ser o E-
dipo".

Outro autor, em notável obra de doutrina e comentário, assim
se exprime:-

"O êrro judiciário, êsse fantasma negro que acompanha sem-
pre a justiça criminal, como se fôra a sua própria sombra".

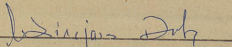
Ainda outro tratadista de renome igualmente se expressa, com
ênfase:-

"Esta inelutável fatalidade do êrro judiciário, que lei al-
guma conseguiu jámais prevenir, levou os legisladores a procurar
meios de combatê-la eficazmente, e, uma vez reconhecida, repará-la
na medida do possível. O êrro judiciário, que é ainda hoje, e será
por todo o sempre, o argumento tremendo contra a pena de morte".

É extremamente difícil julgar os acusados com os escassos
recursos da máquina policial e judiciária. Tarefa sumamente compli-
cada e árdua é a de perscrutar ou decifrar o mistério profundo das
leis que regem o espírito humano. Nada mais obscuro e intrincado
que o psiquismo do homem. Daí vem que, si raciocinarmos em profun-
didade, verificaremos que todos nós somos culpados de tudo.

A justiça justa é humanamente impossível. O êrro judiciá-
rio é fatal, é inevitável. Juiz perfeito sômente Deus...

(a)



- Ubirajara Rocha -

Ubirajara Rocha

É QUASE impossível apalpar-se a verdadeira e dramática realidade de um crime. A pesquisa do criminoso endógeno puro (que delinque por motivos exclusivamente fisio-psíquicos) representa terrível tortura mental para o aplicador da lei. Por outro lado, as chamadas provas circunstanciais de um crime, na maioria das vezes, não são provas, são meras hipóteses "materializadas".

De notar-se, igualmente, que, nos trabalhos judiciários, os princípios legais, as puras operações da lógica jurídica são precários e insuficientes para encaminhar o julgamento. "Los principios no tienen corazón, son fríos como una demostración algébrica" --- diz Manduca. Assim, a exegese puramente mecânica dos textos conduz a um rigorismo mesclado de inclemencia. Já Ruy Barbosa observava, com sua dialética insinuante, que --- "a obediência ao tecnicismo estreito resulta iniquidade".

Um fato experiencial interno não pode deixar de ser gravado na cêra da observação. É o seguinte: Temos ânsia de sermos iluminados pelo sol da certeza, buscamos com avidez e fervor a descoberta da verdade e, por isso, não sossegamos enquanto o criminoso não confessa o crime... Ainda consideramos a confissão como sendo a "rainha das provas", a "proba probatissima" da era medieval, das épocas de ignorância. Aprofundando mais a pesquisa ou sondagem vemos que todos nós sentimos impulsões inconscientes para o delito; daí a ansiedade em obtermos a confissão do criminoso.

Enquanto não desvendarmos a materialidade ou a verdade substancial do delito permanecemos deverados por aquêl estado a que os psiquiatras denominam de "ansiedade flutuante", isto é, uma expectativa ansiosa, visinha do medo.

Outro modo de levantarmos o véu que encobre o mistério criminal é o da hipótese "a-priori", método que seguidamente conduz à comissão do erro judiciário, com a mesma intensidade do sistema da confissão a todo o preço. O julgador forma, mentalmente, a hipó-

hipótese da maneira como êle imagina que deve ter desenrolado a tragédia penal em julgamento. Trata-se de um mecanismo psicológico muito simples e espontâneo, "pois todos nós preferimos acreditar que as coisas se passaram como gostaríamos que elas se tivessem passado (Almeida Júnior). Ou dito de forma mais profunda:- "Acreditamos, com verdadeira fé, naquilo que temos, ou, com mais veemência, no que desejamos". (Gregorio Marañon).

x

x

x

TODO processo judiciário, a bem dizer, encerra um nebuloso e intrincado problema de álgebra moral e jurídica, cuja correta solução demanda trabalho longo, paciente e de pertinácia beneditina. Qualquer drama judicial oferece um mosaico quase indecifrável de combinações e pormenores, ou melhor, o estudo de qualquer crime constitui um enigma de ^{árido e} fatigante deslinde. Quem pesquisa um problema criminal deve possuir perfeito domínio intelectual sobre as emoções. Tudo deve ser examinado com minuciosa atenção, visto ser a atenção a chave da inteligência. Exige-se do estudioso do crime esta delicada operação de matemática interior, porque a distinção ou separação entre a emoção ardente e a inteligência fria é a grande tragédia moral. Poucos conseguem atingi-la; na maior das vezes são vãos os esforços que fazemos para realizá-la.

Verdade indisputável é a que proclama que a justiça perfeita consiste em cumprir a vontade jurídica de Deus. A criminologia mais perfeita é a transcendente criminologia de Deus. A jurisprudência de Deus, é infalível; não há erro judiciário no tribunal de Deus. "Só as leis divinas são eternas; as humanas se transformam com o progresso e mudarão ainda até que se harmonizem com as divinas". (Fernando Ortiz).

O torturante problema da justiça foi abordado por Cristo no Sermão da Montanha. "Bemaventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos" (Mateus, 5). Cristo possuía uma visão aguda e incomparável da verdade humana; seus diagnósticos éticos pairam muitíssimo acima dos postulados da filosofia penal contem-

contemporânea. Ele desprezava a interpretação fria, gélida, da lei; execrava como farisáica a interpretação judaica da lei. Sabia, portanto, que um delito absoluto, um delito quimicamente puro, não passa de uma absurda abstração dogmática. Sòmente o romantismo juridico de Cristo seria capaz de obviar os infinitos males do êrro judiciário...

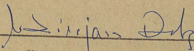
x

x

x

A JUSTIÇA é geralmente aplicada com desprezo pela biologia e pela psicologia do homem criminoso. Isso é um grande mal. Diz Recasens Siches que --- "a pessoa humana é uma realidade totalmente determinada e diferenciada de qualquer outra realidade". O estudo da figura juridica do criminoso, que se apresenta sempre carregada de obscuridade, sempre oscilando nas brumas da incerteza, porque é de compreensão árdua e fugidia, baseia-se em grande parte nas conclusões apressadas de um aparelhamento policial empiricamente organizado e estruturado. Tal aparelho policial ainda funciona sob o império de rotinas e automatismos burocraticamente padronizados, não apresentando, como devera, nenhum inventário científico da tragédia penal. Desgraçadamente, a policia ainda muito se ressentida das aplicações da técnica e da ciência. A maioria de seus agentes ainda manifesta certo horror pelos problemas técnicos e científicos, agindo ainda como prisioneiros do empirismo, até certo ponto (sem ironia) trabalhando como engenheiros que calculam com os dedos, ou como o cantor que desconhece o pentagrama, socorrendo-se, apenas, de suas esquelidas qualidades inatas. Tais agentes, sabemos-lo com certeza, mui escassamente concatenam elementos matemáticos da verdade dos crimes que investigam.

(a)



- Ubirajara Rocha -

Ubirajara Rocha

EM nosso artigo anterior acentuamos que a justiça ordinariamente funciona com ostensivo desprezo pela biologia e pela fisiologia. Repisamos, agora, essa tática de nossas convicções neste assunto.

O magistrado penal, para cada vez mais distanciar-se do perigo iminente que representa o erro judiciário, deve ser portador de espírito largo e emancipado, inteiramente afeiçoado aos conhecimentos da ciência do homem. As provas colhidas na polícia são precárias; o juiz deve admiti-las com grandes cautelas e reservas. A absolvição, a condenação, a dosologia da pena não podem basear-se exclusivamente nessas provas, por vezes produzidas sob o império da precipitação ou da paixão.

Já dissemos e vamos repeti-lo: A Polícia descarta por completo dos administrículos de prova referentes à personalidade do acusado. Disso resulta que apenas se preocupa com a silhueta física do delinqüente, quer dizer, a identidade psíquica, a personalidade antropológica do criminoso são relegadas a um plano secundário, senão terciário. Na polícia, é comum desprezar-se até a lógica, supondo prestar-lhe homenagem...

O papel do antropólogo e do psiquiatra em nosso mecanismo judiciário tem sido lamentavelmente descurado. O verdadeiro conhecimento processual do réu (a immediatezza dos juristas italianos?) é quase uma fábula na hodierna justiça penal do Brasil. Prestem atenção: O verdadeiro nome do réu não é o que vem na sua certidão de idade ou de batismo. O verdadeiro nome do réu, digo eu, é o seu "nome antropológico". Não se olvide jámais, nas lides judiciárias ou policiais, que a antropologia é a "ciência máxima da personalidade humana". Antropologia: ciência que desvenda a natureza essencial do homem, palavra turgida de conotações filosóficas.

x x x

A DESCOBERTA da verdade é o que há de mais tormentoso no planeta. Demonstra imprudência quem tira os olhos da própria mafa-

infalibilidade. Acentua o nosso Ruy Barbosa, tantas vezes citado neste ensaio, que:- "A intelligencia humana, até hoje, não descobriu outro meio de acertar, senão o de correr rapidamente pelo erro, deixando-o, apenas conhecido, em cata da verdade, que nunca se sabe se alcançará, sem errar outra vez".

Palavras de consólo ao julgador penal... Tal julgador é forçado a formar a sua convicção no centro de um mar de perplexidades; ele vê-se enrodilhado num imenso rosário de dúvidas e indecisões, penosas circunstâncias que ele deverá mencionar no itinerário jurídico da sentença. A formação de sua convicção --- eis o crucial problema do juiz. Dessa convicção brilhará a decisão justa ou a decisão injusta, a decisão errada, o famigerado erro judiciário. "O direito de decidir segundo sua convicção é inerente à judicatura" --- escreve Câmara Leal, que acrescenta:- "Coagir o juiz a uma decisão contrária à sua convicção é violentar o legítimo exercício de seu poder de julgar".

Muito bem. Na prática o que geralmente ocorre é que essa "convicção judicial" é moldada, quase que inteiramente calcada nas conclusões do inquérito policial. Via de regra, muito pesa em juízo a impressão policialmente transmitida acerca da infração penal e de seu autor ou autores. O perigo, para o julgador, está em que, muito raramente, o inquérito policial atinge o conjunto de circunstâncias capaz de conduziros à "convicção irresistível", a que alude Mittermayer, à "certeza moral", referida por Lucchini, certeza e convicção essas que lentamente se elaboram na misteriosa intimidade da consciência.

x

x

x

É INDUVIDOSO que a prevenção individual engendra com facilidade o ^{erro} ~~erro~~ judiciário. No chamado "sistema inquisitório" de investigação criminal, pelo menos, é prodigiosa a possibilidade de o julgador alimentar e desenvolver decidida prevenção contra o suspeito ou acusado. Processo esse que é a mais pura fonte do erro, pois é permitido dizer que, se o inquisidor encetar suas investigações

investigações "com um prejuízo em determinado sentido, há-de afinal descobrir a verdade nesse mesmo sentido, ignorando os demais, segundo tôdas as probabilidades" (Maurice Pamerlee).

Essa prevenção do juiz é o grande perigo do julgamento penal. Essa animosidade subjetiva do magistrado transforma-o em "parte" no processo, cria em seu espírito as primeiras suspeitas, inclina-o a querer provar por omissão e --- diz Pimenta Bueno ---, "por amor próprio de sua previdência, julgará antes de ser tempo de julgar". Consequência lógica e imediata dessa anomala situação é que o réu passa a ser prêviamente responsável, no esquema psiquico do julgador, na representação mental do apurador da culpa. Assim sendo, o processo vai em meio, --- mas sua sorte já está decidida na mente do juiz. Segundo Galdino Siqueira, a opinião do juiz inclina-o a crer ou a não crer na acusação, acrescentando que tal opinião é quase certeza. Certeza, ou verdade subjetiva, que o juiz não manifesta a ninguém, que guarda para si para, por fim, externá-la ou derramá-la na sentença...

E bem de ver que os males acima apontados igualmente podem viciar os trabalhos da polícia, males graves que o chamado "sistema acusatório" ou instrução contraditória judicial nem sempre conseguem obviar ou debelar com êxito, impelindo o magistrado à criação do temido monstro jurídico, que é o erro judiciário. Assim, mais uma vez o inquérito policial aparece como a causa eficiente, a causa instrumental das decisões injustas e extravagantes. Ou melhor, das decisões erradas.

O torturante problema do ^{erro} judiciário pode ser focalizado sob outras diversas angulações científicas. É o que tentaremos fazer em nosso próximo artigo.

(a)

Ubirajara Rocha

- Ubirajara Rocha -

Ubirajara Rocha

"O Erro judiciário --- escreve com mestria Percival de Oliveira --- resulta sempre da falsa apreciação das provas. Sendo forçoso que se admita a prova feita por indícios, surge o risco da sua falsa apreciação. Esta pode resultar de maior ou menor perspicácia de quem faz a sua instrução, do seu estado de espírito, ou, também, do capricho do acáso".

Lopez-Moreno, exímio processualista espanhol, em antiga e famosa monografia, publicada sob o título de "A Prova dos Indícios", arrola com paciência os mais frequentes processos que podem levar o julgador à funesta comissão do erro judiciário. Diz êle que, na apuração do delicto, estabelece-se desde logo uma luta surda, uma luta oculta entre a inteligência ou a astúcia do criminoso e a inteligência ou a sagacidade do juiz. Um se empenha em apagar as provas do crime, enquanto o outro se esforça em demonstrar a existência do crime e sua autoria. Assim, o amor próprio do réu e do juiz ^{entram} entra numa luta tenaz e subterrânea, cada qual esperando ^{sair} vencedor, não sendo de admirar que o espírito do juiz facilmente se predisponha a admitir, mesmo "a-priori", a culpabilidade do acusado. Essa forte presunção de culpabilidade pode mesmo o juiz fundá-la em motivos frágeis e de débil consistência externa.

Afiança, ainda, o estimado autor que ora estamos seguindo, que a convicção do juiz é muitas vezes anterior à prova. "Uma ligeira suspeita, o primeiro indício que põe uma pessoa mais em relação com o crime do que qualquer outra; a fisionomia, estes primeiros movimentos de repulsão ou simpatia, que sempre experimenta o homem, em presença de um desconhecido, podem decidir o ânimo do instrutor, sem que êle o perceba, em determinada direção. Então, já não surge a convicção da natureza das provas, mas sim estas é que se adaptam à convicção. O instrutor a encaminha artificiosamente, embora com a melhor boa-fé, para demonstrar a sua prevenção".

Contudo, a despeito de possuir o juiz inteligência e lucidez

lucidez suficientes para subtrair-se aos efeitos da perniciosa tendência, acima referida, raramente poderá evitar de cair nas armadilhas do acáso. É o que sustenta Lopez-Moreno, em sua sugestiva e raciocinada exposição, invocando o precioso ensinamento de Selgas-"O que faz a casualidade, não há entendimento humano, nem ciência, nem previsão que possam imitar. O caminho por onde leva suas misteriosas combinações nos é desconhecido; possui o segredo de uma álgebra insondável e dispõe, a seu arbítrio, da chave de uma geometria incompreensível".

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo assim argumenta e expõe: "Em qualquer de seus atos pode o juiz equivocar-se. Inumeráveis são as fontes de ^{engano} ~~engano~~, e entre estas, em sentido amplo, se podem apontar: erros involuntários por obscuridade, confusão ou alteração de fatos; ignorância ou silêncio da lei; incompreensão do direito; inadvertida ofuscação passional, ou simples extravio de critério". (Cfr. "Curso de Dir. Judiciário Penal, 2º vol., S. Paulo, 1958, p. 278).

E ainda mais:- "Os fatos --- quantas vezes! --- têm aparências enganosas, o acáso e o destino tecem tóda uma trama tremenda de coincidências, de aparências, que levam, parece que fatalmente, a conclusões que à nossa razão se apresentam como irresistíveis e inelutáveis, e que, entretanto, podem não corresponder à verdade". (op. cit., p. 351).

x

x

x

ESTÁ meridianamente provado, é já verdade sedição, que a justiça humana pode equivocar-se e soterrar-se em erros gravíssimos. Já vimos que inúmeros são os fatores que podem conduzi-la a êsse calamitoso e desumano desenlace.

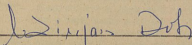
É permitido asseverar, sem exagero, que as cadeias e presídios fervilham de condenados inocentes. Daí o salientar Laveillé que --- "encontram-se nas prisões muitos indivíduos cujas mãos se podem apertar sem escrúpulos".

É extremamente melindrosa a função de julgar. Função deli-

delicadíssima e tormentosa, rodeada de excelsas responsabilidades morais e humanas. É de Lamennais a temerosa ponderação:- "Quando penso que um homem julga outro homem, um grande calafrio me toma". Trata-se de uma situação verdadeiramente crucial, porque: "Uma absolvição injusta é um crime contra a sociedade; uma condenação injusta é um crime contra a humanidade". Esta é uma feliz observação do grande juiz Darcy de Arruda Miranda.

"A injustiça é o que o homem suporta com menos longanimidade. É-lhe mais sensível do que o sofrimento corporal e a miséria". Tal é o ensinamento do grande jurisconsulto belga Edmond Picard. Mas infelizmente, como já fartamente evidenciamos no curso deste trabalho, a história da justiça punitiva documenta que a possibilidade do erro judiciário persegue peremente todo veredicto judicial.

(a)



- Ubirajara Rocha -

Machado de Assis e os aposentados

UBIRAJARA ROCHA

PROSSEGUINDO na faina (agradável) de preencher os meus ócios (longos) de enfermo e de servidor público aposentado, descobri que tal situação é deprimida e malvista, na concepção e na análise do pachorrenco e irônico psicólogo do Cosme Velho, que assim se manifesta: "Nada há pior que a gente vadia, — ou aposentada, que é a mesma coisa; o tempo cresce e sobra, e se a pessoa pega a escrever, não há papel que baste." (Machado de Assis, *Memorial de Aires*, nota de 5 de fevereiro de 1888).

Mas nem é só, consoante se externa o risonho e complacente céptico de nossa melhor literatura: em nota de 12 de setembro de 1888, do mesmo *Memorial*, alude o mestre, abertamente, à "preguiça do aposentado".

O que Machado de Assis manifestamente pretende evidenciar ou deixar bem claro é o conceito (geral) de que a aposentadoria é algo que nos ajuda a morrer, ou alguma coisa que vem apressar a nossa morte, acelerar o nosso fim. O mesmo e fino ironista diz, sem hesitar, que — "o velho aposentado acaba sem os cansaços do ofício, é certo, mas também sem as esperanças da promoção" (cfr. *Memorial de Aires*, nota de 9 de março de 1889).

O aposentado é um indivíduo que não pára de remoer "idéias de cemitério". — "Já não sou deste mundo", gemia o conselheiro Aires, velho aposentado do serviço diplomático. (*Memorial*, nota de maio de 1889).

Ora, é mentira, muita mentira; é falso, falsíssimo que o aposentado deva aprender o "ofício de defunto" — ou que ele seja um "morto com sursis"!

Notem bem, gentis leitores, notem que o inimizável romancista de *Quincas Borba* desprezava injustamente, alimentava amarga e injustificável disposição de espírito para com os aposentados, os simpáticos premiados do serviço público. Não se vexava o mestre de formar péssima opinião a respeito da aposentação e dos aposentados. Insinuava, com ironia, que nos quadros do serviço público uns forçam a saída ou aposentadoria de outros a fim de ocuparem os postos ou lugares. Infeliz do funcionário efetivo que crê na sinceridade dos outros ou dos colegas. Deslealmente ludibriado será... "Que os efetivos desconfiem!" (*Memorial de Aires*, remate do final da nota de 8 de abril de 1889).

— Será, de fato, o aposentado, um caduco? Um extinto, um zero à esquerda, uma carta fora do baralho? Será um ser acessório, avulso, supérfluo?

Não, de jeito nenhum!

O mestre, o maior contista e prosador da literatura brasileira escrevia com graça, e amiúde com verdade, mas, no caso específico dos aposentados, não primou pela veracidade, andou longe da verdade. Incidiu em grave erro de apreciação, em indesculpável exagero de comentário. Pois aposentação ou aposentadoria é merecido, justo prêmio para quem muito trabalhou, muito mourejou ou labutou durante anos a fio; foram longos, árduos e penosos anos de trabalho, nos quais o trabalhador, o funcionário ou empregado tudo deu de si em prol das repartições, dos órgãos do governo ou de instituições empresariais do comércio e da indústria.

Perguntar-se-á: é lá, acaso, brincadeira alguém aguentar 30, 35 anos de trabalho, de serviço ativo?!

O aposentado é o homem (ou a mulher) restitua a si mesmo — um ser livre para pensar, para ler, escrever, pintar, conversar, para passear, fazer o que quiser dentro dos limites morais e legais, para expandir-se e dar livre curso à sua criatividade. Ser livre de deveres e obrigações enfadonhas, livre de contatos intoleráveis na repartição ou nas áreas de trabalho, dispondo de todo o tempo do mundo para desenvolver-se, para sonhar, idealizar, fantasiar, fazer o bem, amar e ajudar o próximo, ser útil e prestativo e, até, necessário à comunidade, criando um nome acatado e uma reputação digna de ser lembrada pelos seus pósteros, merecedora de respeito pelos que vierem depois dele.

Amen, amen, dico vobis: em verdade, em verdade vos digo: o aposentado tem largo e precioso tempo para descansar, para dormir em paz, entregar-se, tranquilamente aos braços de Morfeu, esse "velho camareiro da humanidade"... Tem muito, muito tempo para apurar suas qualidades, para melhorar-se, aprimorar-se. Tem ocasião e oportunidade, multiplicados quase ao infinito, de ser, literal e integralmente, o "homem bom", o "homem cordial", de que falava Ribeiro Couto... A aposentação, louvado Deus, é um estado muito bom, uma situação ótima, não sendo de molde a causar transtornos, não acabrunhando o felizardo que justa e merecidamente a desfruta. É um prêmio que, com justiça, merecimento e equidade, a lei generosamente outorga, galardoa e aquinhoa os bons, fiéis e assíduos e pontuais funcionários.

(Espaço esgotado; voltaremos, brevemente, a tratar deste assunto, *si Deus nobis haec atia fuerit*).

Leia e assinie o «Jornal de Pinhal»