



O PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DE ALGUMAS DECISÕES CRIMINAIS

CEZAR BUENO DE LIMA*

RESUMO

A função principal do Poder Judiciário, que antes dos anos de 1940 era aplicar a lei de modo neutro e imparcial de acordo com um direito centrado na resolução de conflitos inter-individuais, tem sido redefinida constantemente a partir de meados do século XX, em razão da intervenção crescente do Estado em todos os setores da vida social no mundo atual. O processo de institucionalização progressiva dos interesses sociais em conflitos pelo Estado, nos países capitalistas centrais e em países de democracia política recente como é o caso do Brasil, resultou na quebra da unidade formal do direito em favor de sua materialização crescente, cujo resultado foi a politização das decisões judiciais. O objetivo desta pesquisa, cujo tema é analisar decisões judiciais para um mesmo tipo de crime, aponta para o fato de que os juízes no exercício empírico de suas funções mobilizam os mais diversos argumentos com a finalidade de justificar a tomada de decisões judiciais diferentes para um mesmo tipo de crime formalmente definido. Esse caráter subjetivo de que se vale o magistrado para aplicar sentenças judiciais distintas aos acusados de violação de um mesmo preceito legal tende, do ponto de vista político e sociológico, a afetá-los de modo diferente em termos econômicos, profissionais e educacionais. Essa relação, cada vez mais problemática entre igualdade formal da lei e subjetividade judicial na aplicação empírica, quando estão em jogo acusados oriundos de grupos sociais distintos, coloca, nos limites deste trabalho, a necessidade de se fazer uma discussão acerca da viabilidade do controle externo das atividades judiciais.

PALAVRAS-CHAVE : Estado; Materialização do Direito; Judiciário; Decisões Judiciais Diferentes.

* Docente do Departamento de Educação e Ciências Sociais da UniFil.

**ABSTRACT**

The main function of the Judiciary Power, which before the 1940 decade was to apply the law in a neutral and impartial way, according to a kind of right centered in the solving of interpersonal conflicts, has been constantly redefined from the middle of the 20th Century on, due to the increasing intervention by the State in all sectors of social life in the present world.

The process of progressive institutionalization of social interests in conflict by the State, in central capitalistic countries and in countries of a recent political democracy, as is the case of Brazil, has resulted in the breaking of the formal unity of right in favor of its increasing materialization whose results have been the politicization of judicial decisions. The goal of the present research, whose theme is to analyze judicial decisions for the same kind of crime, points out the fact that judges, in the empirical exercise of their functions, mobilize divers arguments to justify the different decision makings for the same kind of formally defined crime. Such subjective character used by the judge to apply distinct judicial sentences to those accused of violating a same legal precept tends, under a political and sociological point of view, to affect them in different ways in economic, professional, and educational terms. Such relation, ever more troublesome between the formal equality of law and the judicial subjectivity in its empirical application, when accused people coming from different social groups are at stake, points out for the need of a discussion about the viability of external control for the judicial activity.

KEY-WORDS: State; Materialization of Right; Judiciary; Different Judicial Decisions.

O direito criminal escrito e a aplicação judicial da lei numa dada realidade não são iguais para todos. Por isso, torna-se imprescindível compreender a existências de razões e de motivações pelas quais os juízes procuram fundamentar e justificar decisões diferentes para o mesmo tipo de crime.

O crime de estelionato será o objeto de análise desta pesquisa, porque este tipo de delito apresenta maior grau de variação das decisões judiciais, conforme apontam os resultados obtidos neste trabalho.

Para efeito de compreensão das decisões judiciais diferentes envolvendo o mesmo tipo de crime, será utilizado o conceito teórico de elite estatal formulada por Miliband, dando ênfase ao tipo de formação acadêmica dos juízes responsáveis pela tomada de decisões no âmbito da justiça criminal em primeira instância.

O problema da igualdade formal do direito e da tomada de decisões judiciais diferentes.

Não sendo possível estabelecer empírica e historicamente uma relação unívoca e objetiva entre o direito criminal formalmente escrito e sua aplicação efetiva, torna-se imprescindível compreender a importância de argumentos de caráter econômico, político, ideológico, educacional, racial e outros, e as implicações que tais argumentos provocam entre os grupos sociais direta ou potencialmente envolvidos, nos processos criminais que resultaram em decisões judiciais.

Trata-se, de acordo com os fins aqui visados, de mostrar no corpo dos processos criminais já julgados, onde se encontram os espaços que permitem caracterizar a subjetividade do juiz numa estrutura de dominação legal, tomando-se como parâmetro decisões judiciais diferentes para o mesmo tipo de crime definido no Código Penal.

Se os princípios constitutivos do direito criminal brasileiro asseguram, do ponto de vista formal, a validade e o alcance geral, abstrato e impessoal da lei, e, sendo tais princípios o fundamento das decisões judiciais no exercício regular de suas atividades empíricas, como explicar a existência de decisões judiciais diferentes envolvendo os mesmos tipos de crimes contemplados no Código Penal? Como explicar decisões judiciais diferentes para os crimes de estelionato?¹

As bases racionais que sustentam o tipo de dominação legal weberiano advêm do direito, por pacto ou imposição, sob a forma de um estatuto racional subordinado a fins, e exige pretensão de validade geral. O direito e a forma de administração estatal da justiça são produtos de um amplo processo de racionalização e de burocratização de todos os campos de ação e de comportamento de agentes públicos e privados da moderna sociedade ocidental. O fenômeno da racionalização do direito exige, no esquema explicativo de Weber, a formulação de procedimentos legais altamente abstratos, com o objetivo de maximizar o controle e a previsibilidade de comportamentos e de ações concretas. É isso que difere a moderna sociedade capitalista das sociedades do passado. Em vez do chefe das organizações antigas movido por simpatias pessoais, favor, graça e recompensa, a sociedade capitalista moderna exige o oposto. Um aparato externo que protege um especialista rigorosamente objetivo, e tanto menos interessado nas coisas propriamente humanas quanto mais complicada seja a civilização em referência. No caso particular da aplicação do direito, há uma grande diferença entre o conceito de justiça nas sociedades antigas e na sociedade capitalista moderna.²

Weber procura mostrar que uma das características típicas do direito moderno deve-se ao fato de que todo o pensamento jurídico passa a ser constituído dentro das universidades, e só se permite a prática do direito àqueles que recebem educação adequada para isso. As universidades passam a deter o monopólio do ensino jurídico. Aqui, é o lugar onde os conceitos criados adquirem, em princípio, caráter de normas abstratas, formuladas de modo estritamente formal e racional, elaboradas por meio de uma interpretação lógica e, sendo do ponto de vista conceitual, umas diferentes das outras. Exigem-se do direito moderno fundamentações rigorosamente racionais nas decisões concretas e, por isso, qualquer processo jurídico deve estar necessariamente sujeito a ser elucidado por dois critérios fundamentais: existência de provas materiais e declaração de testemunhas.³

¹Mais adiante, serão explicados os motivos pela escolha e análise das decisões judiciais do crime em questão.

²A fonte de justificação para as decisões judiciais no mundo antigo não excluía a invocação de poderes mágicos ou divinos. Estes, fazem parte de um tipo característico de procedimento jurídico que procura buscar uma sentença 'justa', do ponto de vista material, através do caráter irracional e sobrenatural dos meios processuais de decisão. WEBER, Max. **Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva** v.1. México: Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 606

³WEBER, Max. **Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva** v.1. México: Fondo de Cultura Económica, 1947. Pp.520 e 591

A pessoa do juiz, no esquema analítico de Weber, é uma figura contraditória. É importante na medida em que é somente por meio de decisões judiciais empíricas que o direito adquire uma efetiva existência social e política.⁴ O juiz é, ao mesmo tempo, refém da estrutura judicial moderna. Em relação à tomada de decisões judiciais, Weber menciona, por exemplo, a dependência do juiz no ato de julgamento dos processos, seja em relação ao campo do direito privado, onde ele se encontra refém das verdades e inverdades produzidas pelas partes, seja em relação ao direito penal, cujo peso do inquérito policial nos processos é inquestionável na tomada de decisões judiciais.⁵

Segundo Weber, os princípios que fundamentam e balizam a administração da justiça estatal moderna, derivados da racionalização do direito, impõem limites precisos quanto à noção de liberdade criadora do juiz. Noções e conceitos vagamente formulados, tais como livre arbítrio, relações de amizade, apreciações pessoalmente motivadas, são incompatíveis com a noção de decisões judiciais no mundo atual, pois são consideradas noções pré-burocráticas. A administração estatal da justiça moderna encontra-se vinculada pela determinação e pelo exame racional dos fins objetivos.⁶

A hipótese deste trabalho pressupõe que a existência de uma série de variáveis (passíveis de serem verificadas no corpo dos processos) de caráter econômico, político, ideológico, educacional, racial entre outros, tem por efeito interferir na decisão judicial sobre o resultado final do processo envolvendo um mesmo tipo de crime. A existência desses procedimentos valorativos, que resulta ora no afastamento da aplicação formal da lei, ora ao contrário, tem por efeito atingir, não só de modo diferente a pessoa do acusado, mas também os grupos sociais que se encontram direta ou potencialmente envolvidos no ato delituoso. Daí, a necessidade de se estudar o conjunto desses elementos, de caráter subjetivos, que o juiz utiliza nos processos para tomar decisões em sua atividade regular judicante.

⁴Por um lado, pode-se dizer que o juiz não se limita a autorizar as regulações válidas por consenso e convenção. Influi, muitas vezes, na seleção do que perdura como direito. É importante assinalar a influência de casos concretos e as conseqüências de uma decisão judicial já dada. Em princípio, as fontes das decisões judiciais não estão limitadas em absoluto a determinados traços formais ou normas gerais que haveria de se aplicar ao caso individual. O que ocorre é precisamente o contrário: quando o juiz põe em movimento a garantia da coação em relação a um caso concreto, por razões igualmente concretas, inicia quase sempre a vigência empírica de uma norma geral como direito objetivo, porque a significação de suas máximas transcende o caso singular e influi nas decisões do futuro. WEBER, *op. cit.*, p.516

⁵Atendendo o princípio da instância das partes, o juiz espera as petições das mesmas e o que estas não solicitam ou não garantem não existe para ele, como pouco existe o que não se acredita com os meios de provas oferecidas, irracionais ou racionais. O juiz só aspira a obter a verdade relativa que pode alcançar dentro dos limites pelos atos processuais das partes. WEBER, *op. cit.* p.606. O que caracteriza a peculiaridade da ciência jurídica moderna é o fato do direito requerer fundamentações rigorosamente racionais nas decisões concretas, levando-se em conta que é imprescindível para a elucidação de, qualquer processo jurídico exigir provas materiais e declaração de testemunhas *op. cit.*, p.520

⁶Idem, *op.cit.*, p.735. WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva.* v.2. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

Nesta pesquisa será utilizado o conceito de elite estatal formulado por Miliband. A magistratura será analisada enquanto uma elite que ocupa um ramo importante dentro do aparato estatal, cujas decisões têm implicações que extrapolam o âmbito específico da administração da justiça, uma vez que seus resultados acabam influenciando outras áreas institucionais da atividade estatal, como o Executivo e o Legislativo.

No entendimento de Miliband, os postos-chave do aparato estatal (que se encontram no topo da hierarquia administrativa estatal, mas nem só) são ocupados por indivíduos que estão estreitamente ligados aos perfis das classes que detêm o poder econômico e que influenciam o poder político, ideológico e cultural da sociedade num dado momento. Ou seja, em termos de origem social, educação e situação de classe, os postos de comando dentro do sistema estatal provêm, na maioria dos casos, do mundo dos negócios ou das classes médias profissionais.⁷ O acesso das classes populares, via concurso público, ao topo da administração estatal é vantajoso, porém, não elimina a existência de uma profunda desigualdade quanto à distribuição de oportunidades. O fato dos filhos das classes populares obterem qualificação universitária significa apenas o ponto de partida para uma competição pós-universitária. Ou seja, ao lado das desigualdades das oportunidades educacionais somam-se problemas de ligações de nepotismo, favoritismo, tipos específicos de sociabilidade, etc., que persistem, mesmo numa época orientada pelo concurso. Soma-se a isso o problema da filiação, que constitui, na opinião de Miliband, vantagem nítida não só em termos de acesso aos níveis mais altos do serviço estatal mas em termos de movimento dentro dele.⁸

A validade teórica do conceito de elite estatal, formulada por Miliband, está subordinada à possibilidade de se estabelecer uma relação entre o conceito teórico de classe dominante e a pesquisa empírica. Somente um estudo de caso permite apontar em que medida uma classe economicamente dominante dispõe também, em grau maior que qualquer outra classe, de poder e de influência. Isto é, se sua propriedade e o seu controle de áreas vitais da vida econômica lhe asseguram também o controle dos meios de decisão política.⁹

A importância da concepção formulada por Miliband, neste estudo, refere-se à possibilidade de se verificar, através de decisões judiciais concretas, de que modo tais decisões tendem a atender os apelos de produção e de reprodução dos interesses de determinados grupos sociais existentes.

⁷R. Miliband. O Estado na sociedade capitalista. **The London School of Economics and Political Science**, 1968, p.87

⁸Idem, **op. cit.**, pp. 83 e 84

⁹Idem, **op. cit.**, p.66

Um problema colocado empiricamente sobre a validade teórica do conceito de elite estatal em Miliband deve-se ao fato da composição do judiciário atual, primeira instância,¹⁰ não poder ser definida com base na homogeneidade econômica de seus membros, como uma pré-condição para o exercício da função de juiz, como têm demonstrado pesquisas recentes sobre o assunto.¹¹

Uma provável questão que tem influído de modo significativo para definir melhor o perfil do judiciário atual diz respeito ao tipo de formação acadêmica, onde predomina um tipo de ensino de direito baseado no legalismo jurídico, caracterizado por uma concepção formalista e apolítica do Estado, devido ao predomínio de uma formação de caráter tecnicista.¹² Este modelo de ensino adotado pode permitir, em grau superior às desigualdades econômicas existentes entre os juízes, fazer um melhor estudo sobre o modo de manifestação política e ideológica dos atores judiciais em questões como o caso do corporativismo e o grau de resistência constatado entre os juízes sobre o controle externo do judiciário.

¹⁰A origem familiar dos magistrados de primeira instância, assim como a ocupação de escolaridade dos seus pais, indicam que 54% dos juízes têm pais com escolaridade até o primeiro grau, e que 30% têm um perfil ocupacional de extração subalterna. Estes dados são diferentes em relação aos juízes dos tribunais de segunda instância, onde apenas 23,7% têm origem nas classes subalternas. Luiz Werneck Vianna. Maria A. Rezende de Carvalho. Manuel P. Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos: *Corpo e alma da magistratura brasileira*. RJ: Revan, 1997 p.88 e 223.

¹¹Em relação à magistratura (1ª instância), 50% dos juízes são oriundos de famílias ocupadas no setor público e 47,5% no setor privado. No caso do setor público, 47,5% dos pais dos juízes têm curso superior, enquanto a média do setor privado é de 18,9%. Em referência aos tribunais, 29,7% dos juízes de 1º grau têm origem nas classes subalternas; na 2ª instância esse percentual é de 23,7%. **Op. cit.**, p.08 e 223.

O processo de mudança da forma de recrutamento das elites brasileiras, que ocupam funções públicas junto a esfera estatal, deveu-se ao crescimento da industrialização e de intensa urbanização que caracterizou o país nos anos de 1960 e 70. Esse fenômeno foi acompanhado por uma forte expansão da oferta de cursos superiores no período. No caso específico da formação do profissional de direito e, conseqüentemente, do futuro juiz, verificou-se o alargamento da base de recrutamento dos magistrados em todas as regiões do país. A multiplicação do número de vagas do curso de direito possibilitou o acesso ao curso, de indivíduos oriundos de diferentes grupos e classes sociais. Dados levantados por Maria da G. Bonelli, mostram, por exemplo, que 30% dos juízes entrevistados são filhos de pais analfabetos e 56% obtiveram ascensão social concluindo o curso de direito. *In: O Judiciário em debate*. (Org.) SADEK, Maria Tereza. (Série Justiça).

¹²Segundo um relatório feito pela Fapesp em 1987 por professores de direito, seria necessário rever o conceito tradicional de ciência do direito, questionar as concepções juricistas sobre a lei e a coerção, negar a visão reducionista que apreende o direito como um discurso punitivo e moralmente comandado, captar as funções políticas e ideológicas das concepções jurídicas sobre o Estado, e propor um inversão da razão jurídica dominante, que estabeleceu uma análise apolítica e formalista do Estado.

Trata-se, conforme o propósito desta pesquisa, de trabalhar o conceito de elite estatal formulado por Miliband,¹³ procurando dar ênfase ao tipo de formação acadêmica dos juízes e a influência política que aquela tende a produzir no âmbito das decisões judiciais empíricas nos crimes de estelionato.

Peculiaridade do crime em questão e a influência de outros atores jurídicos na tomada das decisões judiciais.

A motivação inicial para fazer esta pesquisa partiu da existência de uma sensação empírica, fortemente presente na sociedade brasileira atual, de que o Poder Judiciário decide sempre no campo da aplicação da lei em favor dos ricos. No intuito de mostrar, através de um estudo acadêmico, aquela sensação de desconfiança social reinante que atravessa o sistema judiciário brasileiro contemporâneo, o objetivo inicial desta pesquisa era fazer um estudo comparativo, procurando compreender os motivos contidos nas sentenças judiciais que resultaram em absolvições, condenações, etc., entre os envolvidos em práticas de crimes contra o patrimônio (furto e roubo) e crimes cometidos contra a administração pública, corrupção ativa,¹⁴ definidos no Código Penal.

O problema inicialmente formulado estava vinculado às dificuldades existentes que impedem ou dificultam condenações judiciais para pessoas que cometem crimes contra a administração municipal, com a mesma freqüência com que são condenados os indivíduos que praticam atos de furto e roubo. A hipótese que anteriormente justificava a classificação dos três tipos de crimes em questão procurava mostrar que os crimes de furto e roubo e o crime de corrupção ativa consistem, do ponto de vista sociológico, tipos específicos de delitos recrutados por indivíduos oriundos de classes sociais diferentes. Questões de ordem econômica, política, educacional, etc., fazem com que crimes de furto e roubo sejam preferencialmente cometidos por pobres, desempregados e indivíduos sem escolaridade, ao contrário dos crimes praticados contra a administração pública, que envolvem, em regra, indivíduos de posses e com maior grau de qualificação educacional, uma vez que o exercício de determinadas funções na administração pública local exige qualificações educacionais.

A necessidade de modificar o objeto inicial deste estudo está relacionada à inexistência de processos judiciais julgados envolvendo delitos de corrupção contra a administração pública local em 1990. Do universo de 1.022 processos criminais registrados nas quatro varas criminais no fórum de Londrina, não foram encontrados processos criminais tratando de atos de corrupção contra a administração pública municipal.

¹³Se, conforme Vianna e outros, os anos de 1970 e 80 foram marcados pela democratização do modelo de recrutamento do judiciário, esse processo aponta uma reversão nos anos 90. De acordo com os próprios autores, a inserção de juízes em concursos recentes aponta para uma elitização econômica e educacional da base de recrutamento dos agentes judiciais aprovados em concursos públicos.

¹⁴Crimes cometidos contra a administração pública, "corrupção ativa", onde agentes privados procuram obter vantagens pessoais de recursos públicos, contando para isso com o concurso de funcionários públicos.

Ao entrar em contato com a pesquisa empírica, nas varas criminais no fórum de Londrina, o que chamou a atenção, dentre os quatro tipos de crimes com maior ocorrência (lesão corporal,¹⁵ furto, roubo e estelionato), foi a existência de maior disparidade das decisões judiciais para os acusados de estelionato. Ao lado das condenações verificadas para o crime citado, ocorreram também, em maior proporção, absolvições e prescrições dos processos envolvendo os acusados. Foi a partir desta observação inicial e da inexistência de um dos objetos de pesquisa, proposto inicialmente, que se optou por fazer uma análise de decisões judiciais dadas para os crimes de estelionato. Enquanto se observa uma homogeneização mais acentuada das decisões judiciais para os crimes de lesão corporal, furto e roubo, o mesmo não acontece em relação aos crimes de estelionato. A proporção de absolvições para os crimes de lesão corporal e de condenações para os delitos de furto e roubo são comparativamente diferentes das decisões judiciais dadas para os crimes de estelionato, uma vez que este tipo de delito apresenta maior variação das decisões judiciais.

Antes de entrar diretamente na análise do objeto em estudo (decisões judiciais) é importante mencionar alguns pré-requisitos para a formulação de um processo criminal. Os procedimentos para a instauração de um processo criminal obedecem juridicamente os seguintes critérios: o Ministério Público (e somente ele) pode, com base no inquérito policial, formular a denúncia; cabe em seguida ao juiz aceitar ou não a denúncia criminal formulada pelo promotor; ao acatar a denúncia, o juiz passa a intimar as partes (acusado e vítima, testemunha de defesa e de acusação, advogado de defesa e de acusação e o promotor criminal (responsável pela fiscalização da lei). A partir do conteúdo do inquérito policial, das ações e dos comportamentos dos atores acima, o juiz toma a decisão final, podendo condenar, absolver, extinguir ou arquivar uma ação penal em apreço.

¹⁵O crime de lesão corporal é juridicamente definido como sendo todo ato (ofensa ou ameaça física) praticado contra a pessoa. É interessante fazer um referência ao crime de lesão corporal dado o fato deste tipo de crime ocupar maior demanda das decisões judiciais em 1ª instância. É interessante notar que as decisões judiciais são muito mais indulgentes com os agentes acusados de cometerem crimes de lesão corporal (crimes contra a pessoa) em relação aos atos criminais praticados contra o patrimônio (crimes contra a propriedade). Estudos realizados por Sérgio Abreu e Eliana Bordini mostram que a "porcentagem mais elevada de condenados pela justiça criminal é encontrada entre autores de roubo, latrocínio, furto e tráfico de drogas, sendo baixa para os autores de lesão corporal e homicídio." Isso sugere que "há inclinações preferenciais das autoridades judiciárias na distribuição de cominações penais" p.04. *A criminalidade violenta no Brasil: "um recorte temático"* In: **BIB - Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais**. (órgão da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). Rio de Janeiro, Relume-Dumará/Anpocs, 1993.



Ao fazer uma análise da prática de crimes de estelionato, a questão racial constitui um fato importante a ser ressaltado. Ao contrário dos crimes de furto e roubo, onde predomina entre os acusados e condenados uma estreita relação entre indivíduos pobres e negros,¹⁶ as pessoas acusadas por crimes de estelionato possuem, na maioria dos casos aqui analisados, cor branca.¹⁷ Uma possível explicação para isso deve ser procurada, tomando-se como referência a peculiaridade do crime em questão.¹⁸

Se, dentre a maioria dos acusados e condenados por crimes de estelionato prevalecem atos delituosos, envolvendo roubo de cheques e porte de documentos pessoais falsos, logo, o êxito da empresa para o indivíduo que cometeu o tipo de crime em questão pressupõe a exigência de uma relação social prévia, para que o crime praticado possa ser economicamente realizado de modo satisfatório. O crime de estelionato requer em considerável proporção a presença física e o contato pessoal entre o indivíduo que praticou o delito e a vítima por ele escolhida. Ou seja, o sujeito envolvido por este tipo de ação delituosa precisa, de algum modo, estabelecer entre ele e o dono do estabelecimento comercial, do proprietário de veículos, etc., uma relação pessoal. Quase a totalidade dos objetos de denúncia e de acusação de crimes de estelionato nesta pesquisa envolve lojas comerciais e, em menor escala, comércio de veículos usados.

Trata-se, portanto, de um tipo de ação criminal que exige uma relação social e, por isso, critério, como aparência do acusado, relação de confiança e cor do autor que comete o delito, constituem dados relevantes, tanto em termos da motivação inicial para o crime, quanto da probabilidade de êxito para o desfecho final da ação criminoso. Se do ponto de vista da condição econômica e da formação escolar dos acusados e condenados por crimes de furto e roubo impera entre os agentes que praticam tais modalidades criminais (independente da cor dos sujeitos que cometem tais delitos) uma autêntica democracia da miséria e do analfabetismo (já que a maioria dos envolvidos são pobres, sem escolaridade, etc.), o mesmo não se observa quando o objeto do delito que está em jogo refere-se a indivíduo que pratica crime de estelionato.

¹⁷Do total dos processos de estelionato até agora analisados, em 83% dos casos os objetos de crimes envolveram indivíduos de cor branca.

¹⁸É oportuno fazer menção de um estudo feito recentemente por Cláudio C. Beato F., que mostra a existência de grupos sociais estruturalmente propensos à criminalidade e que, por disso, continua o autor, é preciso analisar as demandas criminais existentes na sociedade sob o prisma da teoria das organizações, procurando saber o modo como tais atividades criminais ocorrem em determinadas localidades. A organização espacial e temporal leva as pessoas a traduzirem suas "inclinações criminosas" em ação. Partindo dessa premissa organizacional o autor mostra, a partir de um estudo de caso, a existência de alvos preferenciais para a prática de ações criminosas. A pesquisa em questão refere-se à cidade de Belo Horizonte, onde 70% dos assaltos ocorrem nas ruas. As perdas das vítimas são em geral pequenas e metade dos assaltos envolve o uso de armas e um quinto o uso de armas de fogo. "A presença de armas de fogo diminui a probabilidade de danos à vítima. Em mais de 60% dos casos existe mais de um ofensor, geralmente com um mesmo perfil: ...jovens, homens...não brancos, muitos deles alcoolizados ou drogados. Eles tendem a escolher suas vítimas nas proximidades dos locais em que vivem" p.84. Cláudio C. Beato F. In: "Determinantes da criminalidade em Minas Gerais" In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais* v.13, n. 37, Junho/1998.

A baixa incidência de indivíduos negros que exercem crimes de estelionato, ao contrário dos crimes de furto e roubo, deve-se, entre outros fatores, à existência de um forte grau de preconceito racial que reina em amplos setores da vida social e que, por isso, acaba influenciando poderosamente via um modelo cultural seletivo, a cor dos agentes que praticam crimes de estelionato. Este tipo de crime prevê a necessidade de uma prévia relação pessoal (entre o autor e a vítima) para que o objeto do delito possa render ao seu titular o valor econômico esperado. Esta modalidade de ação delituosa teria maiores dificuldades de ser realizada com êxito se fosse praticada por indivíduo negro, uma vez que a ação criminal em apreço requer de maneira imperativa uma relação pessoal direta entre o autor do crime e a vítima escolhida.

Se, em termos das decisões judiciais, a relação entre pobreza e cor não constitui um dado relevante para efeito de condenações judiciais (os dados desta pesquisa mostram que a maioria dos condenados por crimes de estelionato são indivíduos de cor branca), o mesmo não se pode dizer em termos sociológicos, para os quais (a facilidade de se estabelecer uma relação social prévia para se obter um bom resultado do crime praticado) a cor do indivíduo que comete delito de estelionato constitui um entrave estrutural para o êxito dos agentes que praticam ou tendem a exercer este tipo de delito. Este fato explica, ao menos em parte, a exclusão quase que absoluta do negro em delitos de estelionato nos estudos até aqui realizados.

A dificuldade de se fazer uma análise de decisões judiciais concretas resulta da presença de uma série de elementos complexos que se interpõem entre a formulação abstrata da lei e o juiz. Uma decisão judicial empírica está inserida e, por isso, depende em considerável escala da ação de outros atores jurídicos e do quadro de funcionários que compõem a administração da justiça.¹⁹

¹⁹Ao fazer uma abordagem acentuando os constrangimentos organizacionais que operam na administração da justiça e que influenciam as decisões judiciais, Sapore mostra que "as atitudes e comportamentos dos atores legais estão inseridos num ambiente burocraticamente organizado e isso traz implicações para a devida compreensão da dinâmica do sistema. A sobrecarga de trabalho, pressões por produtividade, controle da disciplina, garantia da legitimidade perante o ambiente, constituem demandas que acabam adquirindo importância estratégica na administração cotidiana da justiça." O tipo de atitude e de comportamento dos atores jurídicos descritos acima faz com que na maioria das vezes os parâmetros legais formais constituam "mera referência cerimonial nas atividades práticas dos atores organizacionais." Há fraca articulação entre "a dimensão ideológica e formal das organizações que compõem a justiça criminal e as atividades corriqueiras e cotidianas dos atores que a compõem." Ou seja, há um "descompasso entre as demandas mais substantivas da justiça criminal brasileira e as demandas estritamente pragmáticas e organizacionais,...estas últimas tendem a prevalecer sobre as atividades práticas dos juízes, promotores e defensores." Luís Flávio Sapori. "A atuação da defesa pública e da defesa constituída na justiça criminal brasileira: uma abordagem organizacional" p.14. Belo Horizonte: Grupo de Estudos sobre Criminalidade e Controle Social. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG.

Antes de aplicar a lei, o juiz se defronta, necessariamente, com a existência do inquérito policial, do poder dos argumentos formulados pelo promotor de justiça em suas alegações e dos advogados de defesa.²⁰ O inquérito policial é a primeira condição, indispensável, para a abertura e apreciação penal de indivíduos acusados por crimes de estelionato e, por isso, constitui uma fonte preciosa para a tomada de decisões judiciais.

É irrelevante (no ato da sentença) perguntar ao juiz as condições sob as quais a polícia colheu o interrogatório do acusado em delito de estelionato. Este tipo de atitude do juiz não elimina a possibilidade de que, em muitos casos, a construção do inquérito policial²¹ e de todo o processo subsequente de confissão de provas, que a polícia objeta a arrancar do acusado, possam ocorrer, não raro, mediante pressões psicológicas incluindo a coação física. De qualquer modo, é preciso salientar que, ao utilizar o inquérito policial como base informativa para a fundamentação de suas decisões, o juiz pode encontrar-se numa situação de refém das verdades produzidas por aquele, porém, precisa utilizá-lo para tomar e fundamentar suas decisões.

Outro ator jurídico, indispensável no processo criminal e que influencia na tomada de decisões judiciais, é a figura do promotor criminal de justiça. Em suas alegações finais, este raramente obtém uma resposta negativa sobre aquilo que formula e que sustenta como sendo juridicamente correto para a aplicação da sentença de alguém acusado de cometer delito de estelionato. Em suas palavras finais, o promotor tende a comportar-se como um pré-juiz. Ao sugerir a este o tipo mais adequado de decisão judicial para o ato delituoso (condenação, absolvição etc.), o Ministério Público entra, na opinião de alguns advogados, em contradição com sua prerrogativa constitucional na área criminal, que é a de fiscalizar o cumprimento da lei, e não a de oferecer um parecer sobre a viabilidade de condenar ou absolver um determinado réu.

²⁰Em relação ao advogado particular, constituído para a defesa do acusado de cometer crime contra o patrimônio, Saporiti afirma que existem *advogados, cujos clientes situam-se no topo da estratificação social, que compõem a elite da categoria, e outros, que estão numa base de inferioridade. "São advogados que fazem visitas freqüentes às delegacias, mantêm boas relações com delegados, inspetores, detetives e cujos clientes são fornecidos geralmente por tais agentes policiais...a indicação do cliente tem como contrapartida a divisão dos honorários"*, *idem*, **op. cit.**, p.05.

²¹Na formulação do inquérito policial é importante mencionar a importância atribuída ao delegado de polícia. Este, em muitas regiões do país, exerce funções jurisdicionais. O delegado atua "como se fosse juiz, ao solucionar pequenos litígios, como brigas de vizinhos, pequenos furtos e ofensas à honra, crimes que em geral envolvem pessoas humildes." Formado dentro de uma cultura repressiva, atua de acordo com procedimentos próprios "à margem da lei, pois, age, conforme sua discricionariedade,...". CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **A democratização do judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.87.

O conjunto das verdades produzidas e dos atores envolvidos no corpo de um processo criminal não elimina o fato de que somente ao juiz é reservado o poder de tomar uma decisão final sobre o destino do réu que comete crime de estelionato. Do total de delitos de estelionato aqui estudados, em 22% dos casos os objetos de denúncias e de acusações envolveram indivíduos que cometeram algum tipo de crime anteriormente, sendo todos condenados.²² Para os atos de estelionato praticados por indivíduos sem antecedentes criminais, houve condenações em 33% dos casos, enquanto que a proporção para os indivíduos acusados e absolvidos foi de 39%.²³

Na maioria dos casos analisados neste estudo, os atos criminais praticados dizem respeito a pessoas de cor branca, com baixo nível de escolaridade e que exercem ocupações profissionais em atividades informais. Os objetos de denúncia e de acusação

²²O critério "antecedentes criminais" pode ser considerado nesta pesquisa uma variável que leva, em termos das decisões judiciais concretas, à certeza da condenação do acusado. No ato de justificação da pena, estão presentes argumentos judiciais que vão muito além da comprovação da materialidade do crime ou de critérios estritamente jurídicos, para se avaliar o crime praticado pelo indivíduo que já teve passagem registrada nas malhas dos tribunais. Nos despachos finais dos juízes a existência de argumentos qualificados como "propensões de natureza biológica" entra no processo de determinação penal e como tal é vinculada aos argumentos judiciais para selar a sorte dos acusados de cometerem crimes de estelionato em mais de uma ocasião. O sujeito que comete mais de um ato delituoso é quase que automaticamente classificado como um indivíduo que tem uma inclinação *natural* para o crime.

Em relatório final, (processo 36/1990 2ª vara criminal) ao abordar o critério da individualização da pena, o juiz afirma que: sendo demonstrada a culpa e a consciência quanto ao seu agir, o réu preenche "os requisitos prévios da culpabilidade; aos seus antecedentes que são desabonadores, posto que reincidente (por isso) sua conduta social não se mostra boa... eis que tem se voltado à prática de crimes contra o patrimônio, especialmente, pondo em risco à sociedade em que vive." Em outra decisão judicial (processo 93/1990 4ª vara criminal) envolvendo acusado com antecedentes criminais, afirma o juiz: o réu "agiu com grau normal de censurabilidade em delitos desta espécie, mas outra era a conduta que lhe exige a sociedade. Aparenta ter personalidade inclinada à prática delitativa. O prejuízo da vítima foi total, pois os bens não foram recuperados" p.79. Em outra circunstância, (Processo 27/1990 5ª vara criminal) onde o objeto de acusação referiu-se a indivíduo que cometeu ato criminal anterior, o despacho judicial deu-se do seguinte modo: além dos antecedentes que não lhe favorecem "o seu comportamento social revela tendência para o crime; pondo em risco a sociedade em que vive e trabalha; à sua personalidade que se verifica (fora) dos padrões da normalidade."

²³Do total dos processos em estudo, em apenas um (cuja sentença judicial foi a absolvição) o item "antecedentes criminais" estava em branco.

de delitos de estelionato possuem, em termos materiais, escasso valor econômico e são muito semelhantes.²⁴ Há delito de estelionato onde o objeto de denúncia refere-se "a compra de diversos objetos, como aparelho de som, rádio, máquina fotográfica"²⁵ cuja decisão judicial resultou em condenação. Ocorre do mesmo modo situação onde o juiz fixa a sentença sem fazer apreciações sociais a respeito da conduta do réu, e decisões judiciais onde a condenação do acusado vem acompanhada de argumentos que escapam à *precisão técnica da lei*. Existem processos criminais onde os objetos de denúncia são juridicamente idênticos e que apresentam decisões judiciais diferentes.²⁶ O conjunto dos processos citados e os tipos de decisões dadas mostram que a existência de objetos de acusação envolvendo casos semelhantes e mesmo juridicamente idênticos não geram, necessariamente, os mesmos resultados em termos de decisões judiciais.

O rigor com que o juiz aplica a condenação para os crimes de estelionato e os delitos praticados contra o patrimônio em geral, tem por efeito contribuir de modo significativo para o estrangulamento operacional da administração da justiça. Os crimes de estelionato em estudo, praticados por indivíduos que não apresentam antecedentes criminais e que foram condenados por sentenças judiciais, acabam somando-se a outros fatores, já existentes, que impedem uma administração mais ágil da justiça, cujo efeito é o aumento da crise que atravessa o Poder Judiciário²⁷. Um problema específico a ser aqui ressaltado refere-se à existência de decisões tipicamente judiciais que contribuem para agravar o já combalido quadro de morosidade operacional justiça criminal, quando uma decisão judicial não leva em conta (a existência de procedimentos jurídicos processuais) a possibilidade concreta da prescrição de determinados processos penais. Ou seja, o juiz não observa atentamente

²⁴Os objetos de crimes de estelionato envolvem na maior parte dos casos compra e venda de objetos em lojas comerciais.

²⁵Fórum de Londrina 2ª Vara Criminal. Processo n. 42, 1990.

²⁶Fórum de Londrina 5ª Vara Criminal. Processo 29/1990. O objeto de acusação foi a "compra de carpete em loja especializada e não entrega do produto." Diz o juiz em seu despacho final: o valor acima não deve ser considerado de pequena monta na época. Quanto à pessoa do acusado, "trata-se de réu primário, sem maus antecedentes, o qual agiu com consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de realizar... O prejuízo foi significativo para a vítima." p.66. No mesmo Fórum (processo n.246/1990) o objeto de denúncia envolveu "compra de veículo usado com cheque sem provisão de fundos, cujo réu, foi absolvido por decisão judicial.

Em outra ocasião a ação penal (processo n.42/1990 4a vara criminal). o objeto de denúncia referiu-se "ao pagamento com cheque sem provisão de fundos de frete da cidade de Londrina à Maringá-PR." De acordo com o relatório final, tem-se a seguinte decisão judicial: Uma vez que estão presentes "a fraude e a lesão patrimonial, eis que o denunciado emitiu o cheque sabendo de antemão que não seria pago pelo sacado, diante da ausência de fundos, causando lesão à vítima, que trabalhou e não recebeu a justa remuneração" p.36.

²⁷De acordo com uma pesquisa feita pelo Idesp, entre juízes e promotores a crise que atravessa o Judiciário atual provém, segundo aqueles, de deficiências de natureza técnica administrativa, tais como: falta de recursos materiais, excesso de formalidades nos processos judiciais e pouco número de juízes. **O Judiciário em debate**. SADEK, Maria Tereza (Org.). São Paulo: Idesp - Editora Sumaré, 1995.



o tempo existente entre a data do recebimento da denúncia e da publicação final da sentença. Deste modo, toda condenação judicial torna-se nula. Porém, toda a vez que o juiz aplica uma sentença fora do prazo legalmente permitido ele coloca, necessariamente, em ação toda a máquina operacional da justiça (advogado, promotor criminal, etc.) para retificar um erro processual que o juiz ignorou ao dar a sentença.²⁸

A esse respeito, é importante analisar duas decisões judiciais opostas envolvendo denúncias penais semelhantes e que tendem a produzir conseqüências sociais distintas: uma, onde o acusado (sem antecedentes) foi absolvido pelo despacho judicial;²⁹

²⁸Quando o juiz condena um acusado por praticar delito de estelionato (admitindo-se que a maior parte dos juízes têm conhecimento das conseqüências jurídicas dos tipos das decisões por eles tomadas) num lapso de tempo, igual ou superior à 2 anos, (levando-se em conta desde a data em que o acusado foi denunciado pelo Ministério Público até a decisão final do juiz) todos os processos são passíveis de prescrição. Diante disso, o advogado de defesa (particular ou dativo) pode solicitar via Ministério Público a extinção da pena aplicada ao réu pelo juiz. Todo pedido de extinção de punibilidade só pode ser apreciada pelo juiz, mas envolve toda a máquina que compõe a administração da justiça. O advogado solicita ao Ministério Público que a decisão judicial dada não produza mais validade em razão da demora da justiça para tomar a decisão. Ao receber, do advogado, o pedido de anulação de sentença, o promotor encaminha-o até o juiz que deve acatá-lo. A multiplicação desnecessária do número de processos criminais pendentes para efeito de decisões judiciais definitivas, em 1^a instância é, em considerável medida, provocada pelo tipo de decisões judiciais condenatórias em situações como as mencionadas acima, um vez que tendem a produzir diversas conseqüências

²⁹Fórum de Londrina 4^a vara criminal. Processo n. 205/1990. O objeto de denúncia, neste caso, foi a "compra de veículo usado com pagamento de cheque sem provisão suficiente de fundos." A conclusão dos autos, para efeito de decisão judicial, chegou em 08/08/1995. Sendo o réu primário, tendo bons antecedentes e uma conduta social normal, a pena, em regra para este caso, se daria em torno do mínimo legal (um ano de reclusão). Em conseqüência, o processo seria alcançado pela prescrição retroativa. **"Então, para que se perder tempo e energia com um processo natimorto"**p.67. Diante do exposto, declara-se extinta a punibilidade da presente ação penal, pela falta do interesse de agir.

outra, cujo resultado foi a condenação³⁰ do acusado. Em outro processo criminal envolvendo acusados em atos de estelionato (réus primários), a decisão judicial foi mais contundente, preocupando-se em buscar fundamentações em outro tribunal para justificar o resultado peculiar da sentença dada. Nesta ocasião, o juiz declarou extinto o objeto da ação penal sem proferir decisão.³¹

³⁰Fórum de Londrina 5ª vara criminal. Processo n.102/1990. A sentença judicial envolveu neste processo, indivíduo sem antecedentes criminais, cujo objeto de denúncia foi o "a compra e pagamento de aparelho de som com cheque sem provisão suficiente de fundos." Este processo apresentou a seguinte argumentação judicial: "A prática criminosa atribuída ao réu resultou comprovada à sociedade nos autos e se materializou pelo cheque no valor mencionado na denúncia." Diante das provas produzidas, "a denúncia é de ser acolhida em todos os seus termos", p.41. No exemplo acima, que resultou em condenação judicial, a justificativa oferecida pelo juiz vem abonar considerações teóricas feitas por Gessé Marques, segundo o qual, no plano das decisões judiciais empíricas, não há como o juiz avaliar o resultado de suas sentenças com base exclusiva na letra fria da lei e na técnica jurídica. Todo processo criminal em julgamento envolve, segundo o autor, o momento do ato criminoso e antecedentes de comportamento dos envolvidos no conflito. Se não fosse assim, não teria cabimento o juiz entrar na privacidade da vítima e fazer questionamentos do tipo: você trabalha? É casado? É...? uma vez que o que está sendo julgado é o ato crime em si e não todo o comportamento anterior e atual da vítima. Não obstante, quando se observa atentamente o desfecho cotidiano das decisões judiciais, é evidente que a função do comportamento social da vítima e do acusado constitui elementos importantes para a atribuição do crime. Isso mostra como a técnica que procura ser objetiva e racional está permeada por outros valores que, apesar de não estarem legalmente formalizados, entram no espectro analítico do juiz para avaliar os atos. Gessé Marques JR. *Espaço do Fórum, autoridade e representação: introdução a uma pesquisa na justiça*, p.34.

³¹Fórum de Londrina 5ª vara criminal. Processo n.183/1990. O objeto de denúncia envolveu indivíduos (funcionários de hipermercado) acusados de "repassar mercadorias a terceiros além do que consta em nota fiscal." Segundo o juiz, o recebimento da denúncia ocorreu em 22/10/1990, porém, a conclusão dos autos para a tomada de decisão ocorreu apenas em 13/06/95. A partir destas observações de caráter procedimental, o juiz expõe os seguintes argumentos: "trata-se de réus primários, de bons antecedentes, conduta social dentro dos parâmetros de normalidade, pessoas ajustadas ao convívio social." Aplicar uma pena neste caso significaria, em termos legais, um ano de reclusão. Ou seja, o mínimo legal. Inevitavelmente, o processo seria alcançado pela prescrição retroativa (a decisão judicial perde o efeito). Diante desse fato, prossegue o juiz, por que perder tempo e energia "com um processo natimorto?" Deste modo "julgo extinta a punibilidade dos réus anteriormente citados." É oportuno observar que a extinção da ação penal proferida pelo o juiz apoiou-se em decisões anteriores do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da justiça pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa" p.75. Mais adiante, diz o desembargador do mesmo tribunal: "O processo penal, por exigências processuais, sob imperativo de princípios constitucionais, mostra-se jornada árdua, envolvendo um complexo trabalho do magistrado, no ministério publico, de defesa, dos funcionários, numa atividade de tal porte que não se justifica, sem um objetivo, dar resposta jurisdicional à pretensão punitiva estatal, sob feição de coisa julgada", p.76.

Decisões judiciais diferentes e a formação acadêmica dos juízes.

A afirmação de que a lei penal formalmente escrita (tal como a concebe Weber) só pode ser medida em termos de previsibilidade empírica nas ações práticas dos atores judiciais, e portanto, dentro de uma certa conjuntura histórica faz com que cada vez mais torne problemático comparar a validade formal do direito e da igualdade formal da lei com as ações empíricas dos juízes agentes responsáveis em pô-las em movimento dentro de uma realidade dada. Este fato não deixa de suscitar problemas no sentido de que a incapacidade do Estado em por em ação o poder privativo da criação, da circulação e da aplicação da lei (em áreas criminais onde está formalmente assegurado o direito de todos, inclusive dos pobres) pode favorecer tanto a discricionariedade dos agentes responsáveis na aplicação quanto o fortalecimento do poder econômico de grupos privados.³²

Uma das possibilidades de compreensão da existência de decisões judiciais diferentes para o mesmo tipo de crime pode estar estreitamente associada ao tipo de formação acadêmica³³ da elite judiciária responsável pela tomada de decisões criminais. As diferenças de ordem econômica, de idade, do lugar de formação, incluindo a base democrática de recrutamento via concurso público dos juízes, mostram-se insuficientes, de acordo com os argumentos dos autores aqui citados, para analisar o modo como se operam decisões judiciais diferentes para o mesmo tipo de crime. O conjunto das mudanças ocorridas no modelo de recrutamento da magistratura atual (1ª instância) não eliminou, segundo Sadek e Vianna, a persistência de um estilo de comportamento conservador e de uma ação política fortemente corporativa³⁴ dos juízes em atividade no Brasil.

³²Segundo Alberto Borea Odría la falta de coherencia encontrada en la jurisprudencia que otorga a los jueces un amplio poder discrecional en la decisión de las causas'; É prática comum, nos países Latinoamericanos, o encontro de juizes 'por separado com advogados y partes'. Esse tipo de comunicação 'crea incentivos para una actitud corrupta y la falta de responsabilidad dentro del sistema judicial', p.87. Alberto Borea Odría. 'Corrupción y justicia en América Latina'. In: *Revista Contribucionoes, Corrupción*, 04/1995. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Buenos Aires, República Argentina, octubre/diciembre, 1995.

³³Do ponto de vista sociológico e político, o problema da formação dos juízes adquire dimensões cruciais. Segundo Adorno, "cada vez mais essa formação é puramente técnica, ...o magistrado, para garantir a sua neutralidade, não se envolve com o entorno social e político. Essa visão está cada vez mais sendo colocada em causa, especialmente no caso da justiça penal. É muito difícil um juiz julgar apenas com base nos processos, sem levar em consideração...o momento histórico (e) sem recorrer a uma avaliação sociológica". *O Judiciário em debate*. SADEK, Maria Tereza (Org.). São Paulo: Idesp - Editora Sumaré, 1995. (Série Justiça), p.22.

³⁴Os juízes de primeira instância são do ponto de vista político ideológico mais conservadores que os seus pares de segunda instância: Segundo Sadek, 35% dos juízes de 2ª instância admitem que o judiciário está em crise e apenas 21% dos juízes de primeira instância concordaram com a pergunta formulada. **Op.cit.**, p.39. Estudo feito por Vianna e outros mostra que 48% dos juízes são tendencialmente desfavoráveis à intervenção estatal e 81% refutam qualquer tipo de controle externo sobre o judiciário p.254 e 286. VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria A. Rezende de; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.



As transformações operadas na base de recrutamento dos agentes judiciais (dentro e fora do aparato estatal) não foram acompanhadas por um processo correspondente de mudanças do modelo de ensino do curso de direito. Na opinião de Osvaldo A. de Castro Jr, a visão reducionista³⁵ predominante nas grades curriculares do curso de direito e, portanto, da formação do futuro juiz tem por efeito formar um profissional pouco afeito em estabelecer uma avaliação crítica entre a existência formal da lei e imperativos de caráter social e político, no ato da aplicação da lei.

Estudos aqui já citados, realizados por Adorno, mostram que a formação tecnicista, adotada na maioria dos cursos de direito, é incompatível com as argumentações e as ações judiciais na área penal pelo fato de qualquer tipo de decisão judicial inserir-se em determinados contextos e exigir uma avaliação sociológica na aplicação da pena. O perfil tecnicista que caracteriza a formação do juiz não tem sofrido mudanças significativas. O conceito tradicional da ciência do direito³⁶ não questiona as concepções juricistas sobre a lei e a coerção, não permitindo aos alunos captarem as funções políticas e ideológicas sobre o Estado, tendo em vista que a razão jurídica dominante (presente nas grades curriculares do ensino de direito) limita-se a fazer uma análise apolítica e formalista do aparelho estatal.

Se é pertinente a afirmação de que o tipo dominante da formação do curso de direito possui um perfil altamente formalista, este fato não elimina a possibilidade de se fazer uma relação explicativa entre o tipo de formação acadêmica que recebe o juiz e o grau de variação das decisões judiciais empíricas. É preciso ressaltar ainda que, se fosse possível dotar o ensino de direito de uma base estritamente formal procedimental, ricos e pobres seriam, ambos, em proporções diferentes, condenados judicialmente e estariam cumprindo penas nas penitenciárias brasileiras.

Uma possibilidade de que a lei, do ponto de vista técnico, possa ser aplicada com maior rigor pelo juiz em decisões condenatórias quando o acusado provém de estratos sociais inferiores, comparativamente ao indivíduo oriundo de estratos sociais superiores e envolvido em processos criminais, tem por efeito enfraquecer toda fundamentação jurídica de caráter formal tecnicista que procura, a partir daí, oferecer uma justificação judicial da aplicação da lei; a existência de decisões judiciais diferentes para o mesmo tipo de crime reduz igualmente a possibilidade de compreensão do

³⁵Segundo Osvaldo A. de Castro Jr, o ensino do curso de direito é caracterizado pela "predominância de uma cultura jurídica patrimonialista e individualista nos procedimentos judiciais e administrativos...que mantém o status quo, com a preservação da propriedade, em detrimento de uma cultura jurídica pública e coletiva..." fato que implica na necessidade de reforma do ensino jurídico. CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. *A democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998, p.141.

³⁶Conforme relatório da FAPESP, aqui já discutido.

fenômeno, a partir de explicação sociológica e política, que procura explicar as decisões judiciais empíricas a partir do tipo de formação liberal e legalista do juiz. Todo tipo de ação estritamente técnica do juiz, no ato da aplicação da pena, consiste numa possibilidade histórica improvável.³⁷ O fato do juiz não ter consciência política das conseqüências de suas decisões concretas não elimina a possibilidade de vincular as sentenças judiciais aos valores políticos, ideológicos, raciais, etc., dominantes numa realidade.

É provável que, tanto um tipo de formação acadêmica do juiz que priorize um ensino de base jurídica fortemente tecnicista (codificação dos códigos jurídicos existente), quanto um tipo de formação jurídica que tenha por efeito dotar o aprendizado jurídico de uma cultura mais abrangente, deslocam mas não eliminam, em qualquer situação histórica concreta, o fato de haver decisões judiciais diferentes quando está em jogo a aplicação de leis juridicamente iguais ou semelhantes.

Uma formação jurídica de caráter predominantemente tecnicista, longe de isolar o judiciário do entorno social e político, tende atrelá-lo por razões econômicas e políticas, entre outras, ao poder dos grupos sociais dominantes e conservadores numa dada realidade social, diferente do que pode ocorrer quando a base de ensino do curso de direito estiver associada, além do caráter técnico da apreensão das leis, aos contextos sociais e políticos de que elas surgem.³⁸ O objetivo desta pesquisa é estabelecer, de modo exclusivo, a origem de decisões judiciais diferentes com base na formação dos juízes, mas sim de procurar mostrar em que medida a formação destes, nos processos de estelionato em estudo, permite explicar a existência de sentenças judiciais diferentes para o mesmo tipo de ação criminal.

³⁷Um certo grau de discricionariedade no ato da aplicação judicial da pena é inevitável. Isto não afasta o juiz do dever de justificar os critérios que devem orientar sua decisão, assim como exige-lhe a necessidade de fixar as circunstâncias que devem ser levadas em conta e quais serão descartadas nos casos concretos. A determinação destes fatores depende em grande medida de uma decisão prévia da finalidade da pena dentro do sistema. ZIFFER, Patrícia, S. El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena. *In: Contribuiciones*. Bueno Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), n.03, 1996, julio/septiembre, p. 134 e 135.

³⁸Das três correntes do judiciário que procuram impor suas idéias e influenciarem no processo de reforma em discussão é interessante citar aqui o grupo classificado, por Koerner, de "judiciário democrático" ao priorizar a necessidade de mudança do juiz mediante uma formação acadêmica mais ampla em que "o treinamento técnico-jurídico é combinado à sólida formação ética e ao conhecimento da sociedade e da pluralidade de valores e opções políticas." Tendo esse tipo de formação e inserido numa estrutura que garanta a sua independência interna, "o juiz poderá exercer um papel mais ativo na resolução dos conflitos, abandonando sua posição distanciada e atentando para as conseqüências mais globais dos litígios." KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. *In: Novos Estudos Cebrap*, n.54, julho/1999, p. 15.

Fazer um estudo das decisões judiciais a partir do grade curricular dos juízes que tomaram decisões no campo do direito penal está de algum modo associado ao fato das pesquisas aqui citadas afirmarem que, apesar dos fatores de mudanças ocorridas no país em relação ao Poder Judiciário, portanto, (de fatores de ordem econômica, origem social, idade, forma de ingresso democrática na carreira, etc.) permitiram produzir, em princípio mais não na realidade, a existência de maior diversidade da ação política dos juizes de primeira instância. Por isso, é necessário estudar o tipo de formação do juiz para a compreensão do processo de materialização de sentenças judiciais distintas envolvendo o mesmo tipo de crime.

É o objetivo desta dissertação de mestrado, em andamento, fazer um estudo sobre a formação universitária dos juízes que aplicaram sentenças judiciais nos delitos de estelionato aqui analisados. É um estudo das grades curriculares dos Cursos de Direito e dos locais de formação acadêmica³⁹ dos atores judiciais.

CONCLUSÕES

Uma pesquisa empírica que se propõe a explicar, a partir da formação acadêmica dos juízes, a origem de decisões judiciais distintas para o mesmo tipo de crime, teria, na melhor das hipóteses, um êxito apenas parcial.

Isso ocorre porque outros fatores de ordem econômica, formação profissional, interesses corporativos etc., tendem, em proporções variáveis, a influenciar o resultado das decisões judiciais empíricas para um mesmo tipo de crime, como é o caso de sentenças judiciais para os delitos de estelionato.

O problema da subjetividade judicial pode ser explicado de diversas maneiras. Não obstante, um fenômeno que torna cada vez mais problemática a tarefa de estabelecer uma relação entre a igualdade jurídica formal abstrata e as decisões judiciais empíricas na realidade atual, refere-se à materialização do direito em todos os setores da atividade jurídica.

³⁹Ao fazer um estudo sobre a reforma do Poder Judiciário no Brasil atual, Koerner afirma que existem três correntes ideologicamente diferentes na definição de propostas e a maneira como tais correntes procuram influenciar os rumos da reforma do judiciário em discussão: a primeira corrente é definida, segundo Koerner de "corporativo-conservadora". Inclui a maioria dos juízes e dos profissionais que atuam na área jurídica. Estes, concebem a crise atual do sistema judiciário como o resultado de deficiências técnicas e de problemas internos de funcionamento. Do ponto de vista ideológico, defendem uma concepção individualista da atividade judicial - o judiciário é destinado a resolver conflitos entre indivíduos, cabendo ao juiz aplicar a lei aos casos concretos de modo a criar a certeza jurídica e de não produzir efeitos não esperados". Andrei Koerner. **Op. cit.**, p.11 e 12.

A segunda corrente diz respeito ao "judiciário mínimo". Esta representa, segundo o autor, a corrente neoliberal do judiciário. Engloba alguns juízes, pesquisadores e conta com o apoio direto do governo federal. O principal objetivo desta proposta é "adaptar o Poder Judiciário às condições da globalização, reduzindo os custos e o tempo dos litígios judiciais para favorecer o crescimento econômico. "A reforma do judiciário compõe a segunda rodada de mudanças estruturais do país: a primeira foi a da estabilização da economia,...a segunda, a da mudança das instituições". Ídem, **op. cit.**, p.18.

A terceira corrente, que procura impor suas idéias e influenciar no processo de reforma do judiciário, é denominada de "judiciário democrático", já citada.



A materialização do direito (processo essencialmente vinculado à expansão da intervenção do poder estatal na sociedade capitalista atual) constitui um resultado com um curso inevitável. Esse processo tem sido continuamente alimentado por disputas sociais, cujo efeito é a acomodação de interesses em conflito através de uma inflação legislativa que, ao habitar o corpo jurídico, tende a produzir e legalizar no campo empírico da aplicação da lei, decisões judiciais distintas.

O fenômeno da materialização do direito cria dificuldades para a consolidação de preceitos legais e abstratos capazes de oferecer indisponibilidade de determinadas leis frente ao jogo de forças sociais e políticas conjunturais. Uma realidade social caracterizada juridicamente pela inflação legislativa passa a justificar a existência de decisões judiciais distintas e opostas. Nestas circunstâncias, o resultado das sentenças judiciais empíricas tende a conviver com um significativo grau de indeterminação, porém nos limites da legalidade jurídica, uma vez que os magistrados podem valer-se no momento da motivação de suas sentenças, de toda a constelação legal existente.

Mesmo que fosse possível haver uma solução normativa para o problema crescente da inflação de leis existentes, persistiria tal como aponta esta pesquisa, o fato de existirem para uma mesma lei abstrata decisões judiciais diferentes. De acordo com estudiosos do Direito aqui discutidos, a lei na esfera criminal, terá que conviver com uma margem de discricionariedade da ação judicial, independente da existência ou não de uma unidade lógico-formal de preceitos jurídicos abstratos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sérgio; BORNINI, Eliana. A criminalidade violenta no Brasil: "um recorte temático" In: **BIB - Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais**. (Órgão da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais). Rio de Janeiro, Relume-Dumará/Anpocs, 1993.

BEATO, Cláudio C. F. Determinantes da criminalidade em Minas Gerais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v.13, n.37, Junho/1998.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p.87.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. **Novos Estudos Cebrap**, n.54, julho/1999.

MARQUES JÚNIOR, Gessé. **Espaço do Fórum, autoridade e representação: introdução a uma pesquisa na justiça**. São Paulo, s/d.

MILIBAND, R. **O Estado na sociedade capitalista**. Publicação da The London School of Economics and Political Science. Londres, 1968.

ODRÍA, Alberto Borea. Corrupción y justicia en América Latina. **Revista Contribuciones, Corrupción**. 04/1995. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA). Buenos Aires, República Argentina, octubre/diciembre, 1995.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **O Judiciário em debate** (Série Justiça). São Paulo, Idesp - Editora Sumaré, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck Vianna *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.88 e 223.

WEBER, Max. **Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva**. v.1. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

_____. **Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. v.2. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

ZIFFER, Patrícia S. O dever de fundamentação das decisões judiciais e a determinação da pena. **Revista Contribuciones**. 03/1996. Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA). Buenos Aires, República Argentina, julio/septiembre, 1996.