ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

32

Ano 8 • outubro-dezembro de 2000

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 8 • n. 32 • outubro-dezembro de 2000

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 01 • Caixa Postal 678
Tel. (11) 3115-2433 • Fax (11) 3106-3772
CEP 01020-901 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda. – Rua Benedito Leôncio Arouche de Toledo, 163 – Parque Santana – CEP 08717-190 – Mogi das Cruzes, SP, Brasil. • *Impressão:* IBS - Indústria Brasileira de Software e Informática Ltda., Av. Robert Bosh, 1.777 - Rodovia Campinas Monte Mór, Campinas, SP

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, chega ao n. 32, último do milênio. São oito anos de existência e periodicidade trimestral absolutamente respeitada, fato inédito no mercado editorial em nossa área específica.

Mas dizer que a *RBCCRIM* cumpre os prazos estabelecidos é pouco. A rigor, não faz nada mais do que sua obrigação, respeitando o compromisso assumido com os leitores. É outro, no entanto, o grande mérito por ela revelado. Propiciou ao estudante e ao profissional o contato com o que de mais moderno é produzido, no país e no exterior, no campo das ciências criminais.

Desde o início, obedecendo os objetivos estatutários do IBCCRIM, tem atuado como instrumento de difusão da tese de ser imprescindível visão multidisciplinar da problemática criminal, superando-se a prepotente idéia de que caberia ao Direito o papel principal de compreensão do fenômeno, servindo as demais áreas do conhecimento humano como meras "ciências auxiliares". Por isso, inúmeros foram os trabalhos publicados na esfera, por exemplo, da psicologia e da sociologia, reavivando-se, ainda, o interesse pela criminologia, à qual, inclusive, dedicou-se número especial.

Ademais, se compulsadas as apresentações dos números anteriores, verifica-se que, de forma ampla ou pela análise de fatos contemporâneos ao respectivo volume, sempre se buscou reafirmar o caráter político do IBCCRIM e, em conseqüência, de sua publicação oficial.

E nem poderia ser de outra forma, pois é essa atuação política que, coerente e uniforme, mantém íntegra a chama de nossa utopia, simbolizada no novo logotipo do Instituto. Em última análise, constitui a chave do sucesso alcançado.

Nossa bandeira política, vale sempre repetir, é a defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição Federal, daí decorrendo a luta por um Direito Penal de intervenção mínima, submetido às regras da fragmentariedade e da subsidiariedade, conseqüências lógicas do princípio constitucional da legalidade em matéria penal.

Em outras palavras, ao propugnar por um direito penal mínimo e garantístico, o IBCCRIM tem por missão, em suma, a defesa dos direitos humanos.

Após quatro gestões, o IBCCRIM, preservada a sua postura ideológica, firmou-se também como relevante entidade na área de produção cultural, fruto, talvez, da falência do sistema universitário brasileiro, e de grande utilidade para as atividades profissionais cotidianas de seus associados, hoje em número superior a 3.500. Basta lembrar, entre outros dados, que o Boletim já superou a tiragem de 20.000 exemplares, que a coleção de monografias encontra-se no número quatorze, que dezenas de cursos foram realizados pelo país afora, que o Seminário Internacional está na sexta edição, que moderna e atualizada biblioteca, totalmente informatizada, foi instalada, que o Núcleo de Pesquisas, unicamente com recursos próprios, tem conseguido produzir interessantes trabalhos de investiga-

ção científica e que o convênio com o Instituto de Direito Penal Econômico, da Universidade de Coimbra, redundou em inédito curso de especialização.

Tais considerações parecem oportunas no marco do novo milênio para reafirmar que, apesar de todas as dificuldades, projetos idealistas como o do IBCCRIM e da *RBCCRIM*, indissolúveis entre si, podem firmar-se no cenário nacional, bastando, para tanto, a identidade de propósitos e a comunhão de esforços de abnegados colaboradores, sem os quais nada teria sido possível.

CARLOS VICO MAÑAS

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 A apreciação jurídico-penal da eutanásia – CLAUS ROXIN 9

1.2 Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal – MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA 39

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 Crimes contra a Administração – Atualização e reforma penal – Por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública – GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO 55

2.2 Homicídio qualificado e procedimento do júri – LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL 94

2.3 Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin – LUÍS GRECO 120

2.4 170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império – RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 164

2.5 Aplicação da pena – RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR 187

3. CRIMINOLOGIA

3.1 Casa de Detenção de São Paulo – Passado e presente – FERNANDO SALLA 213

3.2 Obstáculos na corrida de revezamento – Observações sobre a prática penal brasileira – LAURA D. VON MANDACH 221

3.3 Reivindicando a la criminología crítica: justicia social y tradición europea – RENÉ VAN SWAANINGEN 229

3.4 La criminología hoy: política criminal como síntesis de la criminología. Política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad. Un control social alternativo o la criminología de los Derechos Humanos – LOLITA ANIYAR DE CASTRO 252

4. POLÍCIA E DIREITO

4.1 Quem tem medo da PM? A confiança na Polícia Militar do Distrito Federal e suas relações com variáveis estruturais, demográficas e a experiência com a violência – GLÁUCIO ARY DILLON SOARES 269

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

5.1 Máquinas de diversão eletrônica para adultos em face da legislação criminal – DAMÁSIO E. DE JESUS 279

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1 O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje – JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO 297

6.2 A emergência do paradigma ecológico-sócio-cósmico – MARIA DAS GRAÇAS DE GOUVÊA 311

7. JURISPRUDÊNCIA

7.1 Jurisprudência Recente

7.1.1 Responsabilidade civil do Estado, por atividade jurisdicional, no processo penal. Possibilidade – rel. designado Des. SÉRGIO PITOMBO 321

7.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO 330

8. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

8.1 Anteprojeto de lei com vistas a impor celeridade ao processso penal, regulamentado o prazo da prisão provisória – ROBERTO DELMANTO JUNIOR. 355

9. RESENHAS

9.1 BERISTAIN, Antonio. *Victimología. Nueve palabras clave* – Resenha por ISABEL GERMÁN MANCEBO 367

9.2 BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I* – Resenha por SÉRGIO MAZINA MARTINS 369

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 373

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 33 • janeiro-março • 2001

• Concurso aparente de normas penais
Andrei Zenkner Schmidt

• Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória
Rogério Lauria Tucci

• Imputação objetiva nos delitos omissivos
Fernando A. N. Galvão da Rocha

• Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional
José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto

COLABORADORES

CLAUS ROXIN

Prof. Dr. Univ. Munique (em.). Dr. LL. h. c. Univ. Hanyang. Dr. h. c. Univ. Urbino. Dr. h. c. Univ. Coimbra. Dr. h. c. Univ. Complutense, Madrid. Dr. h. c. Univ. Central, Barcelona. Dr. h. c. Univ. Komotini. Dr. h. c. Univ. Atenas. Dr. h. c. Univ. Est., Milão. Dr. h. c. Univ. Lusíada, Lisboa.

DAMÁSIO E. DE JESUS

Professor de Direito Penal. Presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Advogado criminalista em São Paulo. Colaborador do Boletin do IBCCrim. Membro do Conselho Diretivo da *RBCCrim.*

FERNANDO SALLA

Sociólogo. Pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Coordenador-executivo da Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos.

GLÁUCIO ARY DILLON SOARES

Professor Titular da Universidade da Flórida. Professor Visitante, IUPERJ.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Juiz Federal do Trabalho pela 15.ª Região. Co-editor responsável pelo *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel.* Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ISABEL GERMÁN MANCEBO

Licenciada en Derecho. Master en Criminología.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e do IBEJ. Pós-graduado em Curitiba e Roma.

LAURA D. VON MANDACH

LESCE/CCH/Universidade Estadual do Norte Fluminense.

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

Ex-diretora e pesquisadora aposentada do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia – Maracaibo. Fundadora e coordenadora por 10 anos dos Grupos Latino-americanos de Criminologia Comparada e Criminologia Crítica. Diretora fundadora da Revista *Capítulo Criminológico.* Ex-senadora, ex-governadora e ex-ministra conselheira da Delegação Permanente da Venezuela perante a Unesco.

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Juiz de Direito em São Paulo.

LUÍS GRECO

Bacharelando do curso de graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

Catedrático em Direito Penal, Professor *Honoris Causa* da Universidade Nacional Maior de São Marcos, Lima, da Universidade Nacional de Antiplano, Puno-Peru, e da Universidade Autônoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz da Serra (Bolívia). Membro da Fundação Internacional Penal e Penitenciária.

MARIA DAS GRAÇAS DE GOUVÊA

Professora Doutora da Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Serviço Social *Campus* de Franca – SP.

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RENÉ VAN SWAANINGEN

Professor Doutor em Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Rotterdam (Holanda). Membro permanente do Programa Criminal Justice and Critical Criminology da Comunidade Européia.

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

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

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Foi professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Unisinos e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul.

SÉRGIO MAZINA MARTINS

Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos – SP. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

A APRECIAÇÃO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA*

CLAUS ROXIN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A "eutanásia pura": 2.1 A anestesia desejada e sem diminuição da vida; 2.2 A anestesia em oposição à vontade do paciente; 2.3 A anestesia omitida contra a vontade do paciente – 3. A "eutanásia indireta": 3.1 Em princípio, permitida; 3.2 Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?; 3.3 A dimensão temporal da eutanásia indireta; 3.4 Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?; 3.5 A forma do dolo na eutanásia indireta – 4. A eutanásia passiva: 4.1 A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente: 4.1.1 O princípio: quem decide é só o paciente; 4.1.2 Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?; 4.1.3 A interrupção técnica do tratamento como omissão; 4.1.4 A interrupção técnica do tratamento por um não-médico; 4.2 A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente: 4.2.1 Em princípio, há um dever de prolongar a vida; 4.2.2 O limite do dever médico de tratamento; 4.3 A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão: 4.3.1 A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte; 4.3.2 A interrupção do tratamento de pacientes não moribundos, principalmente nos casos do chamado coma profundo – 5. A eutanásia ativa: 5.1 A impunidade do auxílio a suicídio: 5.1.1 A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável; 5.1.2 A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima; 5.1.3 Punibilidade pela omissão em salvar o suicida?; 5.2 O homicídio a pedido da vítima: 5.2.1 A opinião dominante: punibilidade irrestrita; 5.2.2 Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei à literatura; 5.2.3 Posicionamento – 6. A eutanásia precoce – 7. A "eliminação de vidas indignas de viver" – 8. Conclusão.

(*) (N. do T.) Tradução de Luis Greco, autorizada pelo autor, do artigo "Die strafrechtliche Beurteilung der Sterbehilfe", publicado originalmente no livro Roxin/Schroth (eds.), *Medizinstrafrecht*. Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden : Richard Boorberg Verlag, 2000. p. 87 *et seq.* Agradeço ao Prof. Dr. Talvane de Moraes pelo auxílio e orientação no que se refere aos termos de medicina legal.
Abreviaturas utilizadas: AT = Allgemeiner Teil (Parte Geral, refere-se a manuais); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão); BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal equivalente ao nosso STJ); BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal); BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões da Corte Constitucional); FAZ = Franktfurter Allgemeiner Zeitung (trata-se de um respeitado jornal de

Resumo: O texto procura, num proceder indutivo, analisar os diversos casos de eutanásia do ponto de vista de sua relevância jurídico-penal. Empenha-se o autor em não restringir a argumentação a uma dimensão meramente técnico-dogmática, discutindo as questões também de um ponto de vista externo ao ordenamento, com médicos, teólogos, filósofos e políticos. Por fim, estudam-se casos que, sem serem de eutanásia, lhe estão bastante próximos, como a morte dada a recém-nascido doente e às chamadas "vidas indignas de viver".

Palavras-chave: Eutanásia – Homicídio – Homicídio privilegiado – Vidas indignas de viver – Medicina – Responsabilidade do médico – Suicídio – Participação em suicídio.

1. Introdução

Por eutanásia[1] entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana.[2] Pode-se distinguir a eutanásia em sentido estrito daquela em sentido amplo. Tem-se a eutanásia em sentido estrito quando a ajuda é prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente. Em sentido amplo, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que,

Frankfurt); FS = Festschrift (Estudos em Homenagem); GG = Grundgesetz (Lei Fundamental); JR = Juristische Rundschau; JZ = Juristenzeitung; LG = Landesgericht (Tribunal do Land); NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NStZ = Neue Zeitschrit für Strafrecht; OLG = Oberlandesgericht (Tribunal Superior do Land); Rn = Randnummer (número de margem); SCH/SCH = Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar; StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(1) (N. do T.) O termo alemão é *Sterbehilfe*, que poderia ser traduzido literalmente como "ajuda para morrer". Preferi, no entanto, utilizar eutanásia, por se tratar de vocábulo mais corrente, sem que esta escolha tenha maior significação, até porque o próprio autor considera irrelevantes tais discussões terminológicas (ver nota 2).

(2) Os novos *"Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung"* (Princípios da Câmara Federal dos Médicos para o acompanhamento médico à morte), de 11.09.1988, NJW 1998, p. 3406, evitam a expressão "eutanásia" (*Sterbehilfe*), por ser demasiado carregada emocionalmente. Mas o termo "acompanhamento" acaba fazendo esquecer que é também possível um comportamento médico que acelere a morte. Também a utilização do termo "eutanásia" (*Euthanasie*) é controversa. Por um lado, a expressão é mal vista por muitos, em razão do assim chamado Programa de Eutanásia (*Euthanasieprogramm*) da época do nacional-socialismo, que tinha por objetivo a eliminação dos doentes mentais (veja-se abaixo, item 7). Por outro lado, há quem deseje reservar o termo para a chamada ajuda ao morrer (*Hilfe beim Sterben*), ou seja, para o caso de uma atenuação da dor de que não resulte encurtamento da vida. Não vale a pena discutir sobre tais questões terminológicas. O conceito será aqui utilizado tal como foi definido no texto.

apesar de poder viver mais tempo, pretende – real ou presumidamente – pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença. Ambos os casos serão objeto deste estudo. Fora do conceito de eutanásia encontram-se aquelas hipóteses em que um doente é morto independentemente de sua vontade, ou é abandonado à morte pela ausência ou interrupção de tratamento. Elas serão, ainda assim, aqui examinadas, em parte por causa da proximidade à eutanásia e dos limites turvos existentes entre as duas figuras, e em parte porque, sob a forma da chamada eliminação das vidas indignas de viver,[3] até hoje perturbam a discussão do tema.

A apreciação da eutanásia é um dos mais complicados problemas do direito penal. Isto tem três motivos. Primeiramente, falta um dispositivo legal que dela trate expressamente. Os parágrafos de nosso StGB que incriminam o assassinato e o homicídio[4] ou não foram talhados para a eutanásia, ou, como o homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB),[5] só abrangem uma parte da problemática, deixando várias questões em aberto. Em segundo lugar, os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas; pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepetível da morte. Em terceiro lugar, o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar de seara exclusiva do penalista. Nesta esfera, também médicos,[6] filósofos,[7] teólogos e literatos[8] reclamam para si – e com razão – o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, ao mesmo tempo em que, por causa das várias premissas

(3) (N. do T.) Essa era a expressão utilizada pelos nazistas, para justificar ações de extermínio de doentes. Veja-se a rápida referência à nota 2, bem como o item 7, abaixo.

(4) (N. do T.) O assassinato (*Mord*) é o *nomen iuris* que o StGB dá ao que entre nós se chama de homicídio qualificado; o homicídio (*Totschlag*) compreende as demais hipóteses do nosso homicídio.

(5) (N. do T.) "§ 216. Homicídio a pedido (*Tötung auf Verlangen*). (1) Se o autor foi determinado a realizar o homicídio por pedido expresso e sério de quem foi morto, será imposta pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos. (2) A tentativa é punível." O leitor notará que, várias vezes, faz Roxin referência a este artigo e à valoração que lhe subjaz para fundamentar outros pontos de vista. Apesar de inexistir uma análoga forma privilegiada de homicídio em nosso direito, ninguém nega que o homicídio a pedido da vítima continua punível, de modo que toda a argumentação do texto que leve em conta este dispositivo parece sem mais reservas aplicável ao nosso direito.

(6) Cf. por ex. os chamados "*Grundsätze der Bundesärztekammer*" (Princípios da Câmara Federal dos Médicos), citados à nota 2.

(7) Cf., recentemente, Hoerster, *Sterbehilfe im säkularen Staat* (Eutanásia no Estado secular).

(8) Quanto a isso, Jens/Küng, *Menschenwürdig sterben* (Morrer de modo condizente à dignidade humana).

extrajurídicas que, na opinião pública, advêm de ideologias ou concepções de mundo entre si contraditórias, dificulta o consenso sobre a apreciação jurídico-penal.

Ainda assim, a discussão dos últimos 20 anos ao menos conseguiu chegar a uma "opinião dominante", a julgados fundamentais do Bundesgerichtshof[9] e a uma importante modernização dos "Princípios" da Câmara Federal dos Médicos,[10] que levou em conta todo esse desenvolvimento. No presente texto, colocarei em primeiro plano as normas que a prática jurisprudencial considera retoras, acrescentando eventual crítica contra elas feita ou a fazer. Procederei de maneira a examinar uma a uma as diferentes hipóteses de casos, tanto as de eutanásia, quanto as de constelações a serem resolvidas junto a ela.

2. A "eutanásia pura"

2.1 A anestesia desejada e sem diminuição da vida

Pode-se chamar de "eutanásia pura" a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Tal conduta, se praticada por desejo ou com o consentimento do paciente, é, obviamente, impunível. Na hipótese de não poder mais o moribundo emitir uma declaração de vontade, ou já não estar ele em condições de o fazer de modo responsável, a conduta também será impunível, se corresponder à sua vontade presumida – como em regra deverá ser o caso. Em virtude da obviedade de suas soluções, mal se faria necessário mencionar este grupo de problemas, se não fossem puníveis as hipóteses em que, contra o desejo do paciente, a eutanásia pura é prestada ou omitida.

2.2 A anestesia em oposição à vontade do paciente

Isto vale, em primeiro lugar, para o certamente raro, mas ainda assim existente caso do moribundo que recusa a injeção de meios que lhe aliviem a dor, porque deseja viver a sua morte em plena consciência, sem vê-la transformada num sono suave. Pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto, ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios. De qualquer maneira, seu desejo deve ser respeitado. Se for ministrada ao doente uma injeção, talvez porque o médico considere a recusa algo irracional, ter-se-á uma intervenção não permitida na integridade física alheia, punível nos termos do § 223 do StGB,[11]

(9) (N. do T.) O *Bundesgerichtshof* (BGH) é o Tribunal Federal competente para julgar questões de direito federal, equivalente a nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ).

(10) Cf. a respeito a nota 2.

(11) (N. do T.) "§ 223. Lesão corporal. Quem maltrata corporalmente outrem ou lesa a sua saúde é punível com pena privativa de liberdade de até cinco anos, ou com multa".

como lesão corporal. É verdade que, segundo forte opinião, ainda que não acolhida pela jurisprudência, se exclui o tipo de lesões corporais nas intervenções cirúrgicas curativas contrárias à vontade do paciente. Mas não é disso que aqui se trata, de maneira que está clara a punibilidade.

2.3 A anestesia omitida contra a vontade do paciente

Possui maior importância prática o caso oposto, em que o anestésico não é ministrado, ou só o é em quantidade insuficiente, apesar de o moribundo o requerer de modo expresso. Também este comportamento consubstancia, em regra, lesões corporais, e através de omissão. Pois a posição de garantidor do médico e de parentes próximos (o ter de responder, nos termos do § 13 do StGB)[12] também compreende o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente; e a não suspensão ou não diminuição de dores constituem lesões corporais (§ 223 do StGB).[13] Se inexistir no caso concreto a posição de garantidor, é sempre possível que se configure uma omissão de socorro (§ 323c do StGB).[14] Tudo isto deve ser ressaltado, porque a terapia para dores na Alemanha está aquém dos padrões internacionais, sendo por vezes praticada com reservas dificilmente compreensíveis.[15] A consciência de que o dever de atenuar a dor está garantido pela ameaça de uma pena pode contribuir para modificar a situação.

3. A "eutanásia indireta"

3.1 Em princípio, permitida

Fala-se de eutanásia indireta, quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte. A permissão de uma tal eutanásia indireta é já há tempo reconhecida pela literatura e também pela práxis médica, apesar de várias questões ainda permanecerem contro-

(12) (N. do T.) "§ 13. Comissão por omissão. (1) Quem se omite de impedir um resultado, que pertence a um tipo legal, só é punível por esta lei, se tiver de responder juridicamente (rechtlich einzustehen hat) pela não ocorrência do resultado, e quando a omissão corresponder à realização do tipo legal através de um agir." Este dispositivo é análogo ao art. 13, § 2.°, de nosso CP.

(13) (N. do T.) Ver nota 11.

(14) (N. do T.) "§ 323c. Omissão de socorro. Quem, em caso de acidente ou perigo comum ou necessidade, não prestar ajuda, apesar de isso ser necessário e, de acordo com as circunstâncias, exigível, especialmente por ser possível sem elevado perigo próprio e sem violação de outros deveres importantes, é punido com pena de privação de liberdade de até um ano ou com pena de multa."

(15) Quanto a isto, com minuciosas referências, em Kutzer, *Salger-FS*, p. 663 *et seq.*

versas. O Bundesgerichtshof[16] decidiu em novembro de 1996 pela primeira vez neste sentido. Diz-se na ementa da decisão (BGHSt 42, 301): "Uma medicação lenitiva, necessária do ponto de vista terapêutico, em correspondência à vontade declarada ou presumida do paciente, não deixa de ser permitida em caso de morte, se a aceleração deste resultado surgir como efeito colateral não almejado, mas cujo risco foi assumido". Em sentido análogo manifestam-se os "Princípios" da Câmara Federal de Médicos:[17] "No caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, que seja permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável". Porém, mesmo que haja consenso a respeito de ser em princípio impunível a eutanásia indireta, permanecem controversos o fundamento desta solução, bem como seu alcance concreto.

3.2 Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?[18]

A fundamentação traz dificuldades, porque a diminuição da vida provocada comissiva e dolosamente (ou seja, ao menos com dolo eventual) em todos os demais casos configura um homicídio (§ 212 do StGB) ou um homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). Por que aqui deve ocorrer algo diverso? Segundo uma opinião, a eutanásia indireta permitida exclui já o tipo dos §§ 212 e 216 do StGB (logo, qualquer caso de homicídio), por ser socialmente adequada e não estar compreendida pelo sentido destes dispositivos. De acordo com a outra opinião, hoje dominante, haverá, sim, um homicídio, que porém é impunível em virtude do consentimento ou do consentimento presumido.[19]

(16) (N. do T.) Ver a nota 9.

(17) Como a nota 2, § 2.º, frase 2.

(18) (N. do T.) O legislador alemão adotou expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, havendo portanto um que exclui a antijuridicidade da conduta (§ 34), outro que afeta somente a culpabilidade (§ 35). O primeiro – estado de necessidade justificante – pressupõe o sacrifício de interesse de menor valor para salvar outro de valor consideravelmente superior. (Cf., por ex., Samson, em Rudolphi/ Horn/ Günther/ Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. ed. Berlim : Luchterhand, 1997, § 34/1-3). Apesar de nosso código não fazer expressamente a diferenciação, é bem possível entender, juntamente com Fragoso (*Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 194 e 215) e Zaffaroni/Pierangeli, (*Manual de direito penal brasileiro*, 1. ed. São Paulo : RT, 1997. p. 591), que a lei brasileira regulou as duas formas de estado de necessidade num único dispositivo, de modo que tudo o que está exposto no texto de Roxin possa aplicar-se integralmente a nosso direito vigente.

(19) (N. do T.) Os autores brasileiros poucas vezes se referem expressamente à causa de justificação do "consentimento presumido" (*mutmaßliche Einwilligung*), o que justifica duas palavras a seu respeito. Segundo a doutrina majoritária, trata-se de uma causa de justificação, que tem por pressuposto uma ação que, apesar de lesar algum bem jurídico da vítima, seja praticada – em seu interesse ou não – em condições que não lhe permitiram manifestar sua vontade, mas que fariam presumir,

O BGH[20] deixou a questão em aberto. Ela deveria, porém, ser respondida. Pois só quando uma das duas soluções for reconhecida como correta, poderá excluir-se com segurança a terceira – e antes também defendida – opinião de que haveria um homicídio punível. Considero correto o posicionamento hoje dominante.[21] Pois a adequação social, o sentido ou fim de uma norma são critérios demasiado vagos para fundamentar a impunibilidade de homicídios, ainda mais quando o § 216 do StGB, ao declarar punível a morte pedida – freqüentemente por causa de sofrimentos dolorosos – não confere ponto de apoio algum para a não punibilidade da eutanásia indireta sob o ângulo do tipo.

Se a eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o máximo de tempo possível possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio. Uma vida pouco mais curta sem graves dores pode ser mais valiosa que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis. Se o paciente ainda puder manifestar sua vida, então é esta decisiva. O § 216 do StGB não se opõe a esta solução, pois o fundamento da punibilidade deste dispositivo (proteção contra ações de curto-circuito do que deseja morrer, e interesses-tabu da coletividade) não abrange a morte acompanhada pelo médico.[22] Se o paciente não estiver mais em condições de tomar uma decisão responsável, importa sobretudo sua vontade presumida. Na definição desta devem ser levadas em consideração não só suas anteriores declarações, como também o grau de proximidade da morte, a probabilidade e a medida da redução da vida, bem como a intensidade dos sofrimentos a serem suportados.

Herzberg,[23] que recentemente se manifestou no sentido da negação de um homicídio em tais casos, parte da consideração de que inexiste uma coli-

objetivamente e *ex ante*, seu consentimento. Vejam-se, a respeito, Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des strafrechts – Allgemeiner teil*, 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996. p. 385 *et seq.*, e Roxin, *Über die mutmaßliche Einwilligung* (Sobre o consentimento presumido), *Welzel-FS*, Berlin : DeGruyter, 1974. p. 447.

(20) BGHSt 42, p. 305, com argumentos tanto para uma quanto para outra opinião. Herzberg, NJW 1996, p. 3043, nota 1, fornece vários argumentos para a solução de justificação, apesar de defender ele próprio a atipicidade. Merkel, JZ 1996, p. 1147 *et seq.*, fundamentou recentemente a solução de justificação de modo expresso – utilizando o § 34 (N. do T.: é o artigo que prevê o estado de necessidade justificante). Mais referências para a solução da atipicidade em Tröndle/Fishcer, vor § 211, Rn. 17.

(21) Neste sentido, em conclusão, já Roxin, em Blaha e outros (eds.), *Schutz des Lebens – Recht auf Tod* (Proteção à vida – Direito à morte), p. 87; o mesmo em *140 Jahre Goltdammer's Archiv*, p. 189.

(22) Cf., quanto a isso, Verrel, JZ 1996, p. 226 *et seq.*; Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung* (Os limites objetivos do consentimento), p. 104, nota 132; Niedermair, *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten* (Lesões corporais consentidas e bons costumes), p. 139, e também nota 531.

(23) Herzberg, NJW 1996, p. 3.048.

são de interesses, tal como necessário às causas de justificação. Nestas hipóteses, inexistiriam tanto o "interesse de viver do atingido" como o "interesse de outras pessoas pelo respeito ao tabu". Ainda assim, é de convir-se que uma vida, mesmo que plena de dores e próxima da morte, continua a ser um bem jurídico, não perdendo todo valor. Também o atingido se encontra numa situação de ponderação, cujo resultado de modo algum precisa estar já definido a priori.

Permanecem ainda três questões controversas sobre o alcance da eutanásia indireta.

3.3 A dimensão temporal da eutanásia indireta

A primeira delas tem a ver com a sua dimensão temporal. O Bundesgerichtshof e os Princípios da Câmara Federal de Médicos falam somente de um "moribundo". Isto me parece muito restrito. Pois, por exemplo, em casos de câncer incurável, podem surgir dores insuportáveis também semanas e meses antes da morte, ou seja, em um período no qual o doente ainda não está para morrer. Anestésicos eficientes devem poder ser ministrados a tais doentes também se trouxerem consigo um certo perigo de aceleração da morte, e o paciente assumir este risco.

É por essas razões que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia,[24] de autoria conjunta de juristas e médicos, não restringiu a eutanásia indireta aos moribundos, estendendo-a aos "mortalmente doentes", devendo-se entender por doença mortal aquela "em cujo desenvolvimento mortífero a atividade médica já não consegue intervir de modo decisivo". Esta solução, que também é defendida pela ética cristã, pode ser entendida como parte do direito vigente, indo-se além do entendimento da jurisprudência e da Câmara Federal de Médicos.

3.4 Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?

O segundo problema refere-se à questão, se a permitida eutanásia indireta pressupõe necessariamente estados de grave dor no paciente. Pois também o medo de sufocar-se provocado por ofegações[25] e estados análogos podem tornar-se insuportáveis, fazendo, em certas circunstâncias, necessária uma intervenção médica não livre de riscos. Assim, será melhor partir, ao invés

(24) Baumann e outros, (eds.), *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (Projeto alternativo de uma lei sobre a eutanásia), § 214a, nota 4.

(25) (N. do T.) Esta passagem foi de difícil tradução, de modo que consigno o original, para evitar quaisquer mal-entendidos: "Denn auch Erstickungsangst auslösende Atemnot...".

da dor, que continua a ser o caso principal, de "estados de sofrimento graves e não de outra forma remediáveis", como faz o Projeto Alternativo.[26] Também os "Princípios da Câmara Federal de Médicos" se referem, acertadamente, só a um "alívio do sofrimento".

3.5 A forma do dolo na eutanásia indireta

Em terceiro lugar, também a forma de dolo necessária para a eutanásia indireta está incerta e controvertida. De acordo com a opinião mais antiga, somente o dolo eventual poderia ser justificado, ou seja, o caso em que uma diminuição da vida em decorrência do tratamento contra a dor seja possível, mas não segura. Neste sentido declaram também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos que "é permitido, em certos casos, aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável". Em sentido oposto, o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia, que também incluiu o caso de certa redução da vida no âmbito da eutanásia indireta.[27]

A posição do BGH não é suficientemente clara. Diz a Corte[28] que um "efeito colateral não almejado, mas cujo risco se assume, pode acelerar a morte". A palavra "pode" parece defender a restrição ao dolo eventual,[29] enquanto a palavra "inevitável", ao invés de "possivelmente inevitável", parece compreender o dolo direto.[30] Esta última opinião parece mais condizente com o caso concreto julgado, no qual haviam decidido os acusados "não levar mais" a paciente "a um hospital, matando-a com uma *overdose* de dolantina rapidamente ministrada".

A importância prática da controvérsia não é mais tão grande, pois a terapia de dores está atualmente tão desenvolvida, que ela só raramente leva a certas (ou a quaisquer) diminuições de vida.[31] Por causa disso, em regra, existirá somente

(26) Como a nota 24, § 214a, nota 2.

(27) Como a nota 24, § 214a, nota 3.

(28) BGHSt 42, p. 301 (p. 305).

(29) É assim que Schöch, NStZ 1997, p. 411, compreende o BGH, apesar de também sentir falta de uma "clareza definitiva" na decisão.

(30) (N. do T.) No Brasil, costuma-se, na esteira do Código, diferenciar unicamente duas formas de dolo, o eventual e o direto. Na Alemanha, fala-se normalmente em três: além do dolo eventual, haveria o dolo direto de 1.º grau – a *Absicht*, o propósito, que compreende aquilo que em última instância se almeja com a ação; e o dolo direto de 2.º grau, que compreende as conseqüências mesmo não queridas, mas que o agente sabe necessariamente ligadas à sua ação (veja-se, por todos, Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner teil.* 3. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. vol. I, § 12/7 *et seq.*). No texto, parece estar o autor referindo-se ao dolo direto de 2.º grau, vez que dois parágrafos abaixo trata de modo expresso da morte causada propositadamente, com dolo direto de primeiro grau, propondo solução diversa.

(31) Cf. Eser, em: SCH/SCH, vor § 211, Rn. 26; Schöch, NStZ 1997, p. 410 *et seq.*

dolo eventual. Mas mesmo quando a diminuição da vida é segura, não deveria tornar-se impossível a terapia contra dores. Pois uma vez assumido o risco da aceleração da morte, não deveria haver diferença se a existência de tal caso já é de antemão segura, ou se só se revela posteriormente.[32]

Permanece punível a "eutanásia", porém, quando praticada com propósito[33] de matar, quando o motivo não é a atenuação do sofrimento, mas o homicídio. Em tais casos, também na existência de expresso pedido do moribundo haverá um homicídio a pedido da vítima.[34] O motivo de liberar a vítima de sua dor, portanto, não se justifica. É possível que no caso concreto haja mesmo um assassinato,[35] como na hipótese decidida pelo BGH, em que o autor mata a vítima que está a sofrer, para "com uma morte rápida... poder herdar através de um testamento falsificado".

4. A eutanásia passiva

Fala-se em eutanásia passiva quando uma pessoa de confiança – em regra o médico e seus ajudantes, mas também, por ex., um parente – se omite em prolongar a vida que se aproxima de seu fim. É o caso de se renunciar a uma operação ou a um tratamento intensivo, capaz de possibilitar ao paciente uma vida mais longa. Aqui surgem três possibilidades, merecedoras de um tratamento jurídico diverso: a omissão das medidas prolongadoras da vida pode ocorrer ou por desejo do paciente ou contra a sua vontade; o terceiro caso é o de não se encontrar mais o paciente em condições de manifestar-se.

4.1 A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente

4.1.1 O princípio: quem decide é só o paciente

Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade.[36] Se

(32) A favor da restrição da justificação ao dolo eventual, por último, Schöch, NStZ 1997, p. 411.

(33) (N. do T.) Veja-se a nota 30.

(34) Quanto às questões-limite e às controvérsias a respeito, veja-se abaixo, 5.1.2.

(35) (N. do T.) O assassinato (*Mord*), previsto no § 211 do StGB, corresponde a nosso homicídio qualificado (nota 4).

(36) (N. do T.) Surge aqui um problema, oriundo do art. 146, § 3.°, do CP brasileiro, que, em seus incisos, declara impunível o constrangimento quando praticado em "intervenção médica ou cirúrgica, sem consentimento do paciente ou de seu representante, se justificada por eminente perigo de vida" (inc. I); e se praticado

um canceroso se recusa a deixar-se operar (como, por ex., o caso do penalista Peter Noll, muito discutido e também documentado pela literatura),[37] a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isto deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida – este caso realmente ocorreu –[38] devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.

4.1.2 Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?

O BGH abriu somente uma exceção a estes princípios: para os pacientes suicidas.[39] No famoso caso Wittig, decidido em 1984, uma senhora de 76 anos, gravemente doente e cansada de viver desde a morte de seu marido, decidiu pôr um fim à sua vida através de uma *overdose* de morfina e remédios para dormir. Ela deixou, ao lado de outros textos com conteúdo idêntico, um bilhete, em que declarava: "No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva, assim como não quero que sejam utilizados medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna". O médico da casa chegou quando a senhora já se encontrava inconsciente, mas ainda viva. Ele se omitiu em interná-la num hospital, esperando no apartamento até que sobreviesse a morte. O BGH acabou concluindo pela absolvição do médico (Wittig); mas só porque a paciente, se fosse salva, ficaria grave e irreversivelmente lesada, o que tornava sustentável a decisão de consciência do médico de evitar a internação em uma unidade de tratamento intensivo. Em regra, porém, seria "em princípio proibido" ao médico curvar-se diante "do desejo de morte do suicida".[40]

Os fundamentos da decisão foram largamente repudiados pela literatura,[41] e isto com acerto. O BGH aduz que os suicidas freqüentemente não

"para impedir suicídio" (inc. II). O legislador brasileiro, ao contrário do alemão, optou por proteger a vida do indivíduo mesmo contra ele próprio, o que – se admitirmos a constitucionalidade de tais dispositivos, algo em si já discutível, ainda mais se lembrarmos a sua matriz ideológica – faz com que não possamos acolher, no nosso direito, sem algumas adaptações o que Roxin diz em seu texto.

(37) Cf. quanto a isso Jens, em Jens/Küng, como a nota 8, p. 111 *et seq.*

(38) BVerfGE 32, p. 98 *et seq.*

(39) (N. do T.) Cumpre discutir se a decisão valorativa consubstanciada em nossa lei, no art. 146, § 3.°, II, altera a apreciação de tais casos em face do direito brasileiro. (Veja-se também a nota 36).

(40) BGHSt 32, p. 367 *et seq.*, p. 368, 380 *et seq.*

(41) Cf. quanto a isso, com extensas referências à literatura, Eser, em SCH/SCH, vor § 211, Rn. 41-43.

agem em condições de plena responsabilidade, sendo comum, em caso de salvamento, arrependerem-se de suas ações quando voltarem a seu normal estado de espírito. E realmente, se a perturbação psíquica for reconhecível, ter-se-á de afirmar a existência de um dever de salvamento e tratamento. Não sendo este o caso ou estando ele seguramente excluído, como na hipótese da nossa sentença, inexiste motivo racional para não respeitar a decisão autônoma do paciente também no suicídio. A desaprovação moral, na maior parte decorrente de motivos religiosos, da qual o BGH derivava originariamente a irrelevância de qualquer decisão de suicídio,[42] não pode levar a tais efeitos numa ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de consciência.

De resto, pode o paciente também arrepender-se de sua recusa em tratar-se – recusa essa independente de qualquer decisão no sentido do suicídio – mas em um ponto tal, que seja tarde demais para a salvação. Se isto nada altera na não punibilidade da eutanásia passiva, não pode o mesmo argumento levar a soluções opostas no suicídio. Há sinais de que também a jurisprudência com o tempo acabará por adotar este posicionamento.[43]

4.1.3 A interrupção técnica do tratamento como omissão

A eutanásia passiva correspondente à vontade responsável do paciente terá, portanto, de ser admitida em todos os casos. Um caso desta espécie, e com isso chego a um novo problema bastante discutido, ocorre também quando um comportamento direcionado à omissão de ulteriores tratamentos se vincula a uma ação positiva. A hipótese clássica é a do aparelho respiratório que é desligado a pedido do paciente. Pressionar o botão de desligar é uma ação. Porém, não se trata aqui de uma eutanásia ativa, em princípio punível como homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB). Pois o fato, em seu significado social, representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores atividades. O limite entre eutanásia ativa, punível, e a passiva, impunível, não deve ser traçado de modo naturalista, levando em conta somente a prática ou não de um movimento corpóreo. Interessa, isso sim, se, do ponto de vista normativo, a ação deve ser entendida como uma suspensão do tratamento. Neste caso, haverá, em sentido jurídico, uma omissão, impunível se condizente com a vontade do adoentado.

O posicionamento que considera a chamada interrupção técnica do tratamento uma omissão é hoje dominante.[44] Mas também os autores que vêem

(42) BGHSt 6, 147 *et seq.* (Grande Senado). Também BGHSt 32, p. 375 *et seq.*, deixa "em aberto", "se a dada fundamentação ainda hoje pode ser reconhecida em sua plena extensão".

(43) Em NStZ 1988, p. 127 diz o 2.° Senado Penal do BGH que ele "tende a conferir à decisão de suicídio séria e tomada de modo livre e responsável uma maior relevância jurídica", do que a que fora dada em BGHSt 32, p. 367 *et seq.*

(44) Para uma fundamentação mais detalhada, veja-se Roxin, *Engisch-FS*, p. 395 *et seq.*; para mais referências sobre o estado atual das controvérsias, veja-se Eser, SCH/SCH, vor § 211, Rn. 32.

aqui um comportamento ativo acabam por chegar à solução da não punibilidade, por considerarem, sob diversos fundamentos, que um tal comportamento não se enquadra no fim de proteção dos tipos de homicídio.[45] Com acerto diz Eser[46] que não pode haver dúvida quanto à solução de que "lá onde uma interrupção medicamentosa-terapêutica do tratamento[47] é permitida, também o deve ser a interrupção técnica". No fim das contas existe, portanto, acordo.

4.1.4 A interrupção técnica do tratamento por um não-médico

Uma interrupção do tratamento como a acima tratada é normalmente atribuição do médico. Mas ela pode, em casos particulares, ser praticada também por particulares. Um exemplo tocante nos dá a decisão do LG Ravensburg, do ano de 1987.[48] No caso, o marido cuidava de sua esposa, que padecia de uma paralisia progressiva, com dedicação tal que teve de sacrificar seu emprego. Por fim, ela foi levada moribunda para um hospital, onde a ligaram a um aparelho de respiração artificial. Mas este lhe causava um "sofrimento insuportável", o que a fez declarar, no "pleno domínio de suas faculdades mentais", como ela própria escreveu, com a ajuda de uma máquina de escrever elétrica especial, o único meio através do qual ela ainda se comunicava: "Eu quero morrer, porque minha condição não é mais suportável. Quanto mais rápido, melhor. É isso que eu desejo, de todo o coração". Por causa disso, o marido, que permanecia no quarto, desligou o aparelho num momento em que não era observado, e tomou conta da esposa até que uma hora depois sua morte sobreviesse, em conseqüência da parada cardíaca.

Se considerarmos este caso um homicídio através de ação positiva, haverá um homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB), punível. Se, em contrário, a "interrupção técnica do tratamento" for entendida como uma eutanásia passiva com o consentimento do paciente, o marido ficará impune. Não me parece haver dúvida a respeito de que esta segunda solução, que, em conclusão, é também defendida pelo LG de Ravensburg, seja correta. Ela corresponde àquilo que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia formulara expressamente em seu sugerido § 214: "Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age antijuridicamente, se o atingido o exigir expressa e seriamente". Ainda assim, este ponto de vista pode ser fundamentado já em sede de direito vigente, como vimos acima.

(45) Mais detalhes em Roxin, NStZ, 1987, p. 349.

(46) Eser, em: SCH/SCH, Rn. 32, vor § 211.

(47) (N. do T.) Outra expressão de dificílima correspondência em português: "*ein medikamentös – therapeutischer Behandlungsabbruch...*".

(48) NStZ 1987, p. 229, com comentário de Roxin, NStZ 1987, p. 348.

4.2 A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente

4.2.1 Em princípio, há um dever de prolongar a vida

No caso inverso, isto é, quando o tratamento é interrompido ou omitido, apesar de o paciente o desejar, há um homicídio por omissão se a inatividade tiver provocado ou adiantado a morte e o omitente ocupar uma posição de garantidor, o que, em caso de médicos e parentes, é a regra. Faltando a posição de garantidor, pode-se tratar sempre ainda de um caso de omissão de socorro (§ 323c do StGB).

Se o paciente o desejar, ele deverá ser levado à unidade de tratamento intensivo, ainda que não seja possível obter uma cura, mas somente um prolongamento de sua vida. Não importa que o médico considere uma tal conduta insensata face aos interesses do paciente. Pode o médico, entretanto, recusar os desejos cujo atendimento em nada contribuiria para o aumento da vida, e tampouco melhoraria a sorte – por ex., através de uma anestesia – do paciente.

4.2.2 O limite do dever médico de tratamento

Além disso, igualmente no prolongamento artificial da vida deve existir uma fronteira, além da qual a vontade do paciente – na maior parte dos casos exteriorizada em um estado anterior da doença – não pode mais ser decisiva. Pois os recursos técnicos e financeiros de nosso serviço sanitário não são inesgotáveis. E, principalmente, procrastinar de modo indefinido o inevitável processo da morte através de modernos aparelhos não corresponde à nossa concepção de uma morte condizente com a dignidade humana.

Como linha retora pode valer o que declarou o Bundesgerichtshof (BGHSt 32, 379 *et seq.*), para quem "inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis. Tendo em vista a evolução da tecnologia médica, que ultrapassa os limites até então reconhecidos, a indicação sobre os limites do dever de tratamento não pode mais depender da eficiência dos aparelhos, sendo isso um problema a ser resolvido através de uma decisão do caso concreto, orientada pelo respeito à vida e à dignidade humana". Um tal ponto de vista deixa um certo espaço livre, que não se poderá precisar através de regras generalizadoras. Mesmo assim já é possível dizer que não são pontos de vista econômicos que devem estar em primeiro plano, mas sim a consideração a respeito de se o prolongamento da agonia ainda pode ter, segundo um juízo objetivo, algum sentido para o paciente.

4.3 A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão

4.3.1 A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte

Os casos de pacientes incapazes de decidir compõem o que há de mais difícil e controvertido no âmbito da eutanásia passiva. O problema, entretanto, não está no campo da eutanásia em sentido estrito, em que o processo da morte já teve início, estando ela bastante próxima. Aqui, ao menos quando o paciente se tiver tornado definitivamente incapaz de decidir, permite o BGH que se dispensem medidas prolongadoras da vida, como a respiração, a transfusão de sangue ou a alimentação artificial.[49] Isto está em consonância com o que já foi exposto a respeito da interrupção do tratamento durante o processo da morte, ainda que em oposição à vontade anteriormente manifestada do paciente.

4.3.2 A interrupção do tratamento de pacientes não moribundos, principalmente nos casos do chamado coma profundo

4.3.2.1 A jurisprudência mais recente e suas conseqüências – Controvérsias ainda não resolvidas surgem somente quando o tratamento for interrompido, apesar de o paciente gravemente adoentado ainda não estar morrendo, tendo a possibilidade de viver meses ou anos, mesmo que não seja mais capaz de declarar sua vontade. O caso clássico é o do paciente que perde sua consciência de modo irreversível. Fala-se aqui de um coma profundo,[50] no qual o córtex, o *palium*, pára de funcionar, apesar de o tronco cerebral permanecer ativo.

Decisiva para a apreciação destes casos na jurisprudência foi uma sentença do Bundesgerichtshof de setembro de 1994 (BGHSt 40, 257), que foi confirmada em seus traços essenciais por uma decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998.[51] No caso decidido pelo BGH tratava-se de uma senhora idosa "com gravíssimas lesões cerebrais", que desde o fim de 1990 já não era mais capaz de compreender os outros, de caminhar ou de levantar-se, tinha de receber alimentação artificial, e só reagia a estímulos óticos, acústicos ou de pressão com convulsões faciais ou resmungos; inexistiam sinais de que ainda fosse sensível à dor. No

(49) BGHSt 40, p. 257 e 260.

(50) (N. do T.) O termo alemão é *apallische Syndrom* (que, literalmente, se traduziria por síndrome apálica), e Roxin apresenta um sinônimo, *Wachkoma* (que poderia, em português, ser chamado de coma acordado). Porém, utilizei o termo coma profundo, pois é essa a denominação de casos como os narrados no texto, nos quais o "paciente perde a sua consciência de modo irreversível".

(51) NJW 1998, p. 2.749, com comentário de Knieper, p. 2.720; também Verrel, JR 1999, p. 5.

início de 1993, o médico encarregado e o filho que fazia as vezes de enfermeiro instruíram a equipe que cuidava da senhora no sentido de, a partir do dia 15 de março, substituir a alimentação artificial por chá, o que provocaria a rápida morte da senhora por inanição. O chefe dos serviços de enfermagem mostrou reservas em face deste procedimento, voltando-se para o Juízo de Tutela,[52] que vetou a interrupção da alimentação artificial. A paciente morreu nove meses depois, por causa de um edema pulmonar.

O problema jurídico que aqui nos interessa é se ambos os homens de trás (médico e filho) são puníveis a título de homicídio tentado. O BGH considerou, acertadamente, a interrupção da alimentação como uma conduta omissiva. A posição de garantidor do médico e do filho igualmente deve ser afirmada. Também não se pode falar em eutanásia em sentido estrito, de modo que os princípios acima desenvolvidos para a resolução deste grupo de casos (compare-se 4.2.2) não podem fundamentar a isenção de pena. Mas também antes do início do processo da morte deve ser respeitado o direito de autodeterminação do paciente. Uma interrupção do tratamento será portanto permitida na hipótese, mas somente na hipótese em que corresponder à vontade presumida do paciente incapaz de decidir. O BGH exige ainda do filho que busque a autorização do Juízo de Tutela, numa aplicação análoga do § 1904 do BGB,[53] que só fala, a rigor, em exames e tratamentos arriscados. Já que também o Juízo deve decidir com base na vontade presumida, é deste critério que afinal de contas depende a justificação material da conduta.

O BGH aplica critérios severos para afirmar a vontade presumida. Devem ser levadas em consideração anteriores declarações orais ou escritas do doente, bem como suas convicções religiosas e ulteriores opiniões, sua expectativa de vida com relação à idade e também a existência ou não de dor. Na dúvida, deve a proteção à vida prevalecer sobre as convicções pessoais do médico e dos pacientes. A circunstância de oito ou dez anos atrás, sob a impressão de um programa televisivo, em que se tratava de um caso similar, ter a paciente declarado que "não gostaria de terminar assim", não pareceu ao BGH fundamento suficiente para uma interrupção do tratamento. Por causa disso, quase se acabou por condenar os dois réus na instância inferior, à qual o caso foi devolvido.[54] Mas ainda assim, o LG de Kempten chegou à

(52) (N. do T.) A palavra alemã é *Vormundschaftsgericht*. Trata-se de uma ramificação do *Amtsgericht*, que é o Juízo de 1.ª instância, equivalendo mais ou menos à nossa vara de órfãos ou vara de família, por ser uma vara especializada em resolver assuntos referentes à tutela de incapazes.

(53) (N. do T.) "§ 1904 BGB. Medidas médicas. 1. O consentimento do representante (*Betreuer*) num exame do estado de saúde, num tratamento curativo ou numa intervenção médica necessita da aprovação posterior (*Genehmigung*) do Juízo de Tutela, quando existir perigo fundado de que o representado venha a falecer ou sofrer um dano grave e duradouro para sua saúde por causa da medida. Sem a aprovação da autoridade a medida só poderá ser executada, se houver perigo na demora. 2. ...".

(54) (N. do T.) De acordo com o § 354 da StPO, no recurso de revisão (*Revision* – análogo a nosso recurso especial), o Tribunal *ad quem* poderá proferir uma nova

absolvição, por encontrar outras circunstâncias fáticas capazes de fundamentar a vontade presumida da paciente.[55]

Na mesma linha encontra-se a citada decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998. Através da controversa aplicação analógica do § 1904 do BGB, atribuiu o Tribunal a decisão, em princípio, para o Juízo de Tutela, que deve examinar a vontade presumida, e decidir em concordância com ela se o tratamento deve ou não prosseguir.

A referida jurisprudência traz três esclarecimentos e novidades essenciais:

Primeiramente, fica claro que também nas hipóteses de uma perda irreversível da consciência, o tratamento não pode ser pura e simplesmente interrompido. O Projeto Alternativo sobre a Eutanásia havia dito (§ 214, I, 2): "Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age ilicitamente, se o atingido, de acordo com o conhecimento médico, tiver perdido a consciência de modo irreversível", havendo-se tomado como premissa que isto corresponderia, em regra, à vontade presumida do paciente.[56] De acordo com a recente jurisprudência, será necessário em tais casos encontrar fundamentos fáticos concretos para que se afirme a vontade presumida.

Em segundo lugar, a decisão é retirada das mãos dos médicos e parentes, sendo transferida para o Juízo de Tutela. Isto alivia estas pessoas de uma responsabilidade dificilmente suportável e "garante uma maior medida de objetividade e racionalidade do que haveria na decisão por pessoas imediatamente envolvidas no tratamento".[57]

Em terceiro lugar, esta jurisprudência concederá a manifestações por escrito dos pacientes, que por muito tempo foram consideradas pouco importantes, um extraordinário significado.[58] Pois a determinação por escrito a respeito de se e como o paciente deseja ser tratado quando incapaz de decidir, nos casos de doença mortal, é o mais confiável indício de sua vontade presumida. Se esta determinação for renovada anualmente (isto é, assinada outra vez), dificilmente se poderá chegar à conclusão de que o paciente iria mudar de idéia, se ainda se pudesse formular-lhe a pergunta outra vez. Também os Princípios da Câmara Federal dos Médicos dizem:[59] "Disposições do paciente são obrigatórias, desde que se refiram à concreta situação de tratamento e não haja indícios de que o paciente não as

decisão se a sentença for cassada devido à violação da lei, no caso de a matéria ser exclusivamente de direito. Já em caso de se fazerem necessárias novas provas, deve o processo ser devolvido à instância cuja decisão foi cassada. (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed. München : Beck, 1998, § 53/72.)

(55) Cf. Verrel, JZ 1996, p. 229, nota 63; Schöch, *Hirsch-FS*, p. 697.

(56) Como a nota 24, p. 17; assim também Roxin, em Blaha e outros, como na nota 21, p. 89.

(57) Schöch, NStZ 1995, p. 156.

(58) Igualmente quanto a isto Schöch, NStZ 1995, p. 155; também Verrel/Schmidt, *Frankfurter Rundschau* 06.08.1998, p. 16, bem como Verrel, MedR 1999.

(59) Como a nota 2, V, §§ 2.° e 1.°, com critérios concretizadores.

deixaria mais valer". Também no resto as disposições do paciente são designadas como "um auxílio essencial para o agir do médico".

4.3.2.2 A mais recente jurisprudência em meio às controvérsias – As posições acima expostas têm encontrado majoritariamente apoio na literatura jurídica e médica. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos seguem a linha da jurisprudência e tentam facilitar a aceitação desta, recusando os termos eutanásia passiva e interrupção do tratamento, em favor de uma atenuada "modificação do objetivo da terapia". No caso de doença avançada é possível que também para os pacientes em coma profundo "se figurem uma modificação do objetivo da terapia e a omissão de medidas prolongadoras da vida".[60]

Apesar de os Princípios da Câmara Federal de Médicos não possuírem qualquer efeito jurídico vinculante, nem tampouco possuírem a importância prática de uma decisão judicial, provocaram eles imediatamente uma calorosa discussão, que no fim das contas acaba por atingir também e principalmente a mais recente jurisprudência. Nesta polêmica, os fundamentalistas da defesa da vida, que criticam os Princípios, fazem-se notar de modo especialmente significativo. O Ministro da Justiça (Bundesjustizminister) então em exercício (Schmidt-Jortzig) pensa[61] que a possibilidade admitida pelos "Princípios" "de que se omitam medidas prolongadoras da vida com base numa vontade presumivelmente descoberta intervém de modo imediato no princípio constitucional da proteção à vida. Decisões de tal alcance só podem ser tomadas pelo legislador". Hohlmeier, político da CSU,[62] manifestou-se no mesmo sentido: os médicos não poderiam determinar antes do processo legislativo quem deve contar com que medidas salvadoras da vida. A Fundação Alemã de Hospícios[63] (Deutsche Hospizstiftung), a cujo conselho diretor (Stiftungsrat) pertence Hohlmeier, considera a interrupção do tratamento de seres humanos que ainda não estão a morrer um "homicídio a pedido presumido da vítima", tratando-a como punível, já que também o homicídio a pedido da vítima o é.

Por outro lado, já se ergueram vozes na ciência que, levando em conta a decisiva sentença do BGH de 1994 (BGHSt 40, p. 257 *et seq.*), querem autorizar uma interrupção do tratamento numa medida ainda mais abrangente. Assim é que defende Merkel[64] a opinião segundo a qual seria permitido interromper o tratamento de pessoas em coma profundo, quando faltar qualquer indício de seu prévio posicionamento. Pois não só haveria uma forte presunção de que o paciente

(60) Como a nota 2, III, § 2.°, p. 1.

(61) Aqui e no que segue: *FAZ* (*Frankfurter Allgemeiner Zeitung*), de 14.09.1998, em repetição do declarado diante da *Revista Focus*.

(62) (N. do T.) Trata-se do partido político *Christlich-Soziale Union* – União Social-Cristã, com sede em Munique, de orientação mais conservadora.

(63) Estou citando uma reportagem da *Süddeutschen Zeitung* de 12/13.09.1998, p. 1.

(64) Merkel, ZStW 107 (1995), 545 *et seq.* (p. 573); quanto a isso, de modo diferenciado, Schöch, *Hirsch-FS*, p. 702 *et seq.*

estivesse de acordo,[65] como também é condizente com a nossa imagem de homem "não se ater a uma concepção exclusivamente biologista de proteção à vida, nem forçar através dos parágrafos do homicídio que seja mantido um corpo completa e irreversivelmente incapaz de sentir o que quer que seja, e cujo antigo sujeito pessoal já não mais existe". Em sentido similar manifesta-se o jusfilósofo Hoerster:[66] "O lema superior deve ser não 'na dúvida, pela defesa da vida', mas 'na dúvida contra o tratamento prolongador (da vida)'". Deduz o autor tal máxima da consideração de que não é a interrupção do tratamento, mas a sua continuação no caso de um paciente incurável e incapaz de decidir que precisa de um consentimento presumido. Quando uma vontade presumida não puder ser descoberta, não se pode partir dela para decidir o que seja.

Ponderando-se as polêmicas opiniões uma em face da outra numa análise racional, ter-se-á de dar maior razão à segunda, simpática à interrupção do tratamento. Pois o paciente em coma profundo que estiver para sempre privado de consciência e sensações, uma vez mergulhado nesta condição, não possui mais interesses; pois estes pressupõem a possibilidade de uma escolha pessoal. É verdade que ele poderia, enquanto ainda estivesse consciente, ter tido algum interesse em ser mantido vivo tanto tempo quanto possível no caso de um coma profundo irreversível. Mas é difícil fundamentar este interesse de modo convincente, pois uma existência estritamente biológica, sem consciência ou sensação, não pode ter utilidade ou sentido algum para a pessoa adoentada.[67]

Mas, apesar disso, parece-me que ambas as opiniões – principalmente a que defende a ilimitada proteção à vida – são determinadas por temores irracionais. Elas acabam provocando uma sobrecarga emocional do tema, que dificilmente permite uma discussão sóbria. Os opositores estritos da interrupção do tratamento vivem sob o medo incontrolável de que este possa ser interrompido por erro ou leviandade, ou por causas abusivas, por ex., de índole econômica, antes que tenha desaparecido a última esperança de que o paciente recupere a sua consciência – e eles tendem a jamais perder esta esperança. E aqueles que pleiteiam pela interrupção em caso de dúvida padecem sob a idéia, para eles terrível e insuportável, de passar talvez anos como uma espécie de cadáver vivo, reduzido a um objeto da medicina de aparelhos.

O direito penal não pode ignorar a realidade social de tais temores; pois eles prejudicam o sentimento de determinar autonomamente a própria vida e morte, que deve ser salvaguardado pelo Estado de Direito. É por isso que a solução da jurisprudência me parece em princípio correta, apesar de necessitar de uma modificação explicativa. A jurisprudência, ao considerar decisivo o direito de autodeterminação e, por isso, a vontade presumida do doente, concede a todos a oportunidade de transformar, tanto quanto possível, a sua concepção pessoal de um tratamento condizente com a dignidade humana na linha mestra do tratamento

(65) Merkel baseia-se em questionários americanos de pacientes (como a nota 64, p. 559).
(66) Hoerster, como na nota 7, p. 87 *et seq.* (p. 90).
(67) Cf. Merkel, ZStW 107 (1995), p. 572.

médico, bastando para tanto uma disposição do paciente, formulada com clareza e renovada anualmente. Se o paciente deixou de fixar por escrito sua disposição, sua vontade presumida deverá ainda ser procurada através de outros indícios, cuja univocidade em princípio menor se torna menos problemática se lembrarmos que esta omissão em declarar a própria vontade de forma decidida, por si só, já representa um indício de que o paciente seja pouco interessado no problema. Se, em tais casos, a solução permanecer incerta, não se deve – e é neste ponto que discordo tanto do BGH como da contraposta opinião de Merkel e Hoerster – seguir o adágio *in dubio pro vita*, prolongando o tratamento *ad infinitum*, tampouco interrompê-lo sempre, de acordo com o *in dubio contra vitam*. Deve-se, isso sim, decidir em favor dos indícios mais fortes. No caso decidido pelo BGH, o procedimento aqui proposto chegaria a uma interrupção do tratamento. Pois os esforços empenhados por mais de dois anos, sem qualquer sucesso, a total ausência de possibilidade de melhora (lesões cerebrais "das mais graves") e sua anterior manifestação no sentido de que não queria acabar assim – tudo isso parece indicar mais o desejo de que em tais situações o tratamento deva ser interrompido. A sentença afinal absolutória proferida pelo LG de Kempten[68] deve, portanto, ser acolhida em seu resultado, independentemente de que se pudessem encontrar outros indícios para a vontade presumida de morrer.

É também controvertido o problema de se, mesmo quando coberta pela vontade presumida do paciente, a interrupção do tratamento pode dar-se através da suspensão da alimentação artificial. Os críticos falam aqui de um "deixar morrer de fome", que, ao contrário da suspensão de outros tratamentos, é por eles considerada inaceitável. O BGH e o OLG de Frankfurt não acataram esta limitação, e com acerto. Pois tanto a administração de medicamentos, a oxigenação e a alimentação são formas de prolongamento da vida, de igual maneira necessárias e "artificiais". Não há razão convincente que justifique seu diverso tratamento jurídico. É óbvio que nos casos de subsistir a sensibilidade à dor, deva ser escolhida uma forma de suspensão do tratamento não dolorosa e que seja a menos danosa possível. Mas isso ocorre em todas as hipóteses de interrupção do tratamento; assim, por ex., se devem ministrar continuamente líquidos para evitar um doloroso ressecamento do paciente.

5. A eutanásia ativa

Corresponde à opinião francamente dominante, ainda que não incontroversa, nem de *lege lata*, nem de *lege ferenda* (veja-se abaixo, 5.2), de que a eutanásia ativa, entendida como a morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente, é proibida e punível segundo o direito vigente. Isto é deduzido do § 216 do StGB, que considera punível – se bem que atenuadamente – o homicídio a pedido da vítima. Ainda assim, deve-se deixar de antemão claro que este princí-

(68) Cf. acima, nota 55.

pio só vale com três restrições, das quais duas já foram discutidas. A primeira delas é a permissão da eutanásia indireta (acima, item 3), a qual consiste em um homicídio comissivo praticado durante a terapia anestésica. A segunda é a interrupção técnica do tratamento, quando este pressupõe alguns comportamentos comissivos (acima, 4.1.3), ou quando o fato global deve ser considerado uma omissão. A terceira e mais importante das restrições está em ser a eutanásia ativa sempre impunível, quando ela representar um auxílio a suicídio. Esta hipótese necessita de um exame mais detalhado.

5.1 A impunidade do auxílio a suicídio

De acordo com o direito alemão – contrariamente ao estabelecido em vários outros ordenamentos jurídicos –[69] não é punível o auxílio a suicídio. Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa,[70] também não há auxílio para este delito inexistente. Quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente. O caso mais claro da jurisprudência é o do médico Hacketal, que em 1984 entregou veneno (cianeto de potássio) a uma mulher "em estado gravíssimo", padecedora de um câncer facial incurável que já lhe havia atingido o cérebro. A paciente bebeu este veneno misturado à água, adormecendo pouco depois, de modo suave e sem agonia. A denúncia feita pelo Ministério Público, a título de homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StG), foi indeferida tanto pelo LG de Traunstein como pelo OLG de Munique.[71]

Ainda assim, a distinção entre a participação em suicídio, impunível, e o punível homicídio traz à tona várias controvérsias, das quais somente as três mais importantes serão rapidamente tratadas.[72]

(69) (N. do T.) É quase despiciendo lembrar que o Código Penal brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio (art. 122). Parece-me, contudo, que muitas das considerações tecidas por Roxin continuam importantes mesmo em face de nosso direito, eis que vários dos problemas abordados – com destaque para distinção entre a participação em suicídio e a autoria de um homicídio – igualmente se colocam entre nós.

(70) Na literatura, isto só é questionado por vozes isoladas, sob quase total repúdio. Mais detalhes a respeito em Roxin, *Dreher-FS*, p. 331 *et seq.*

(71) Cf., quanto a isso, o julgado do OLG de Munique – que merece ser lido – NJW 1987, 2940, e foi influenciado de modo decisivo por um estudo de Herzberg, NJW 1986, p. 1.635 *et seq.*

(72) Uma exposição mais detalhada encontra-se em Roxin, NStZ 1987, p. 345 *et seq.*; o mesmo, em Pohlmeier(ed.), *Selbstmordverhütung* (Prevenção ao suicídio), p. 85 *et seq.*; o mesmo, em *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 177 *et seq.*

5.1.1 A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável

É incontroverso, desde já, que só há isenção de pena para o homem de trás no caso de suicídios "responsáveis". Quem auxilia um psicótico, que pela sua doença já corre o risco de suicidar-se, deve ser sempre punido como autor de um homicídio (§ 212 do StGB) ou, em certos casos, mesmo de assassinato (§ 211 do StGB).[73]

É controvertido, porém, sob que pressupostos ainda se pode falar de um suicídio responsável.[74] Enquanto uma corrente recorre às regras jurídico-penais da inimputabilidade, outra prefere valer-se dos princípios que orientam a eficácia do consentimento ou de um pedido sério,[75] no sentido do § 216 do StGB. Ela considera irresponsável o suicídio, quando for cometido de modo apressado, irrefletido ou em conseqüência de um humor momentâneo. Esta solução leva a uma punibilidade muito extensa do partícipe.

Sempre defendi a opinião mais estrita, que faz uso das regras da imputabilidade, pois o recurso ao juízo e à prudência do suicida leva à insegurança jurídica, que é especialmente insuportável neste âmbito-limite entre punibilidade do homicídio e total isenção de pena. Ainda assim, a importância da controvérsia para nosso tema, que trata da contribuição para o suicídio de pessoas gravemente doentes e decididas a morrer, é bastante reduzida. Pois quando uma tal pessoa deseja morrer, não age ela em estado de inimputabilidade, mas dispondo de um total juízo da situação, e tendo feito uma ponderação cuidadosa de todas as circunstâncias decisivas. Pelo menos, isso será a regra. No caso Hacketal, por ex., o caráter responsável do suicídio estaria fora de dúvida em face de qualquer das teorias a respeito.

5.1.2 A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima

Não é pacífica, igualmente, a delimitação entre participação em suicídio e homicídio a pedido da vítima. De acordo com a opinião preponderante, o que interessa é quem possui o domínio sobre o último e irrevogável ato que leve à morte. Se o possuir o suicida, a contribuição de um estranho somente poderá constituir uma participação impune; se, pelo contrário, pertencer o domínio ao estranho, trata-se de um homicídio a pedido da vítima, punível. Será portanto impunível aquele que prepara o veneno ou carrega o revólver, com o qual a vítima dá cabo da própria vida. Mas, por outro lado, será punível a título do § 216

(73) (N. do T.) Veja-se a nota 4.

(74) Quanto a isto, aprofundadamente, Roxin, *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 178 *et seq.*

(75) (N. do T.) O "pedido sério" é uma elementar do tipo do homicídio a pedido da vítima. Para o texto, veja-se a nota 5.

aquele que matar a pessoa gravemente adoentada e desejosa de morrer a pedidos desta, através de uma injeção ou de um tiro de revólver.

São freqüentes as dúvidas a respeito de ser esta distinção sensata e possível na prática. Isto deve ser afirmado em princípio, apesar de existirem – como em toda parte no direito – casos-limite, que podem apresentar algumas dificuldades.[76] A justificação material deste critério assenta sobre a consideração de que, aos olhos do legislador, a autonomia do ato suicida contra possíveis influências externas só estará assegurada se o desejoso de morrer cometer o suicídio de modo personalíssimo, isto é, mantendo o "domínio sobre o momento provocador da morte" em suas mãos. Quem se mata com as próprias mãos, ultrapassou a decisão final, e deve responder pela sua própria morte. Já quem se deixa matar, delega a outrem a decisão irrevogável, a qual ele talvez não seria capaz de executar por si próprio. Nestas hipóteses, é o estranho que possui a responsabilidade final pela morte da vítima, fazendo-se portanto punível segundo o § 216 do StGB.

Surge um problema especial nos casos em que os atos do suicida e os do estranho se seguem temporalmente. Um exemplo, para tanto, oferece o caso scophedal, decidido pelo BGH.[77] Um médico idoso e doente, há um tempo já de cama, tomou, de modo plenamente responsável, a decisão de matar-se através de uma injeção de scophedal[78] (um narcoanalgésico). Já que temia não ter forças para tanto, dirigiu-se ele a seu sobrinho, pedindo-lhe que o ajudasse, se necessário. Alguns dias depois, deu o médico início à execução de seu plano, adormecendo imediatamente. O sobrinho, temendo que a tentativa de suicídio talvez falhasse, deu ao tio mais uma injeção. Este morreu uma hora depois. Talvez o médico tivesse morrido já em decorrência da injeção por ele mesmo aplicada. Mas a única coisa que se podia determinar com segurança era que, sem a intervenção do sobrinho, o médico teria vivido ao menos uma hora a mais.

Com a concordância da doutrina dominante, condenou o BGH o sobrinho por homicídio a pedido da vítima. Em apoio deste ponto de vista argumenta-se que o sobrinho, através de uma ação de homicídio intencional, comissiva, e que já não estava instrumentalizada pela atividade do médico, lhe diminuiu a vida em ao menos uma hora, e, segundo as regras da causalidade e da imputação, qualquer diminuição da vida, por menor que seja, já constitui uma ação de homicídio. Entretanto, parece-me mais acertado considerar, numa apreciação do fato global, que existe somente uma participação em suicídio, impunível. Pois o médico já havia, de mão própria, determinado a própria morte de forma irreversível, de modo que a posterior ajuda do sobrinho não passa de um auxílio causador de pequenas modificações no desenrolar do acontecimento.

(76) Um enfrentamento de tais difíceis casos-limite encontra-se em Roxin, *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 183-186.

(77) NStZ 1987, p. 365, com estudo de Roxin, NStZ 1987, p. 345.

(78) (N. do T.) Trata-se de um narcoanalgésico, mais ou menos equivalente ao nosso seconal.

5.1.3 Punibilidade pela omissão em salvar o suicida?

Por fim, a isenção de pena da participação em suicídio acaba sendo restringida pela jurisprudência, eis que ela castiga o estranho que não salva o suicida incapaz de agir, deixando de o conduzir a um hospital ou de praticar outras ações idôneas. Se existente a posição de garantidor, responde ele pelo delito de homicídio por omissão, nos demais casos pela omissão de socorro (§ 323c do StGB).[79] Já se aludiu a esta jurisprudência na análise da eutanásia passiva, a propósito do caso Wittig (acima, 4.1.2); ela não deve ser aceita, pelos motivos ali apontados. Além disso, através do recurso à construção do delito omissivo, contraria ela a não punibilidade da participação em suicídio, que acaba sendo punida. Isto é também injusto, pois o que participa no suicídio poderá escapar sem problemas da punição, se o suicídio for cometido de tal maneira que seja impossível um posterior salvamento. Assim é que, por ex., Hacketal, no caso narrado (acima, 5.1), escolheu um meio que teria efeitos letais pouco tempo após sua ingestão, não deixando mais espaço para qualquer ajuda.

5.2 O homicídio a pedido da vítima

5.2.1 A opinião dominante: punibilidade irrestrita

Já o homicídio a pedido da vítima, enquanto consistir num ato comissivo que objetive um encurtamento da vida e que possua o domínio sobre o ato imediatamente provocador da morte, é de acordo com a doutrina dominante punível sob quaisquer circunstâncias. Ainda que o paciente sofra dores horríveis, esteja próximo da morte, e peça a injeção libertadora de modo fervoroso: quem a injetar, será sempre punido pelo crime do § 216 do StGB. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos dizem (I, § 2, frase 3): "Uma diminuição intencional da vida através de medidas que provoquem a morte ou que acelerem o seu processo não é permitida, mas punível".

5.2.2 Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei à literatura

Esta solução não é, de modo algum, óbvia, e tampouco incontroversa. Assim é que o direito holandês, mediante determinadas cautelas processuais, autoriza uma eutanásia ativa,[80] e também na Alemanha há autores de renome a defender,

(79) (N. do T.) Veja-se a nota 14.

(80) Cf. Scholten, em Eser/Koch (eds.), *Materialien zur Sterbehilfe, Landesbericht Niederlande*, (Materiais sobre a eutanásia, Relatório nacional da Holanda), p. 451. Schreiber, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe* (Interrupção do tratamento e eutanásia), em Bottke, p. 129 *et seq.*, (p. 130).

ou já de *lege lata*, ou ao menos de *lege ferenda*, sob diversos pressupostos, que se isente de pena o homicídio a pedido da vítima. Desejo citar somente alguns exemplos mais destacados dos últimos anos.

Jakobs, em uma apresentação na Academia Bávara das Ciências (Bayerische Akademie der Wissenschaften),[81] de 1998, defendeu que o tipo do § 216 do StGB seja interpretado restritivamente, de modo a só abranger homicídios irracionais. Se o desejo de morrer do interessado for, porém, racional, neste caso seu direito à autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva.[82] No caso scophedal, acima narrado (5.1.2), chega ele, em consonância comigo e contra a opinião dominante, também a uma absolvição do sobrinho, mas sua tese é por ele acertadamente considerada ao mesmo tempo mais radical e mais comedida.[83] "Ela é mais radical, pois basta um pedido feito com base em tal motivo para que se exclua por vez o tipo do homicídio a pedido da vítima; o sobrinho não deveria ser punido, ainda que tivesse injetado no tio já a primeira dose de veneno. E é mais comedida, pois ela exige que o desejo de morrer seja objetivamente fundado. Se o tio tivesse agido por causa de uma preocupação amorosa, dever-se-ia punir o sobrinho pelo homicídio a pedido da vítima, caso o fato se desdobrasse conforme o exposto."

Outros autores, como Herzberg[84] e Merkel,[85] consideram preenchido o tipo do § 216 no caso de uma morte direta a pedido do paciente que padece de graves sofrimentos, mas querem aplicar, se for o caso, o estado de necessidade justificante (§ 34 do StGB).[86] Ou seja, eles ampliam o modelo da eutanásia indireta fazendo-o também abranger a eutanásia direta ativa e vêem no uso desta, sem que haja terapia contra a dor, uma forma de eliminação do sofrimento. Herzberg procede de modo cauteloso, pois ele justifica através do § 34 do StGB principalmente os casos que, segundo a opinião dominante, são considerados como auxílio ao suicídio. No caso da injeção mortífera requerida pela vítima, hesita ele diante de uma total não aplicação do § 34, e acaba por evitar, ao fim, "uma tomada de posição neste árduo problema".[87] Merkel vai além, declarando de forma genérica:[88] "também o homicídio a pedido da vítima praticado comissiva e propositadamente deve ser justificado segundo o § 34, se o interesse (manifesto) da pessoa no término de sua dor superar, de modo unívoco, o seu interesse em permanecer viva...". Mas nas ponderações individuais prefere ele não se comprome-

(81) Jakobs, *Tötung auf verlangen, euthanasie und strafrechtsystem* (Homicídio a pedido da vítima, eutanásia e sistema jurídico-penal), p. 25.

(82) Como a nota 81, p. 29 *et seq.*

(83) Como a nota 81, p. 31.

(84) Herzberg, NJW 1986, p. 1.635 *et seq.* (p. 1.638 *et seq.*).

(85) Merkel, em Hegselmann/Merkel (eds.), *Zur Debatte über Euthanasie* (Sobre o debate da eutanásia), p. 71 *et seq.*

(86) (N. do T.) Veja-se a nota 18.

(87) Herzberg, NJW 1986, p. 1.640.

(88) Merkel, agora e no que segue como a nota 76, p. 71 *et seq.*

ter, frisando: "Os exatos critérios de uma tal ponderação são certamente difíceis, e será improvável chegar a eles sem uma diferenciada casuística".

Hoerster,[89] por outro lado, propõe um novo § 216a:

"(1) O médico que matar alguém que esteja a sofrer de modo grave e incurável não age ilicitamente, se o atingido desejar expressamente a ação homicida, em virtude de livre e madura reflexão, ocorrida esta num tal estado em que seja ele capaz de escolher e esteja esclarecido de sua situação, ou se, no caso de não estar ele em condições de proceder a tal reflexão, for justificado supor que ele desejaria a ação homicida em virtude de tal reflexão.

(2) A existência dos pressupostos previstos no parágrafo 1 só exclui a ilicitude, se tanto o médico que cometer a ação homicida quanto um outro a documentarem por escrito."

Numa linha parecida parece situar-se o proposto pelo teólogo Hans Küng,[90] o qual, dispensando fazer uma explícita proposta legislativa, pensa que "é em primeira linha tarefa dos médicos e dos juristas construir as concretas diretivas para a superação da manifesta insegurança jurídica".

5.2.3 Posicionamento

De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a Deutsche Hospizstiftung,[91] consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o tabu do homicídio, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista – que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos[92] – constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo.

Mas ainda que se relativize, com bons argumentos, a importância de tais barreiras, sublinhando-se o interesse humano no fim de um sofrimento interminável, ainda assim me parecem ter mais peso as reservas contra uma ampla permissão da eutanásia ativa.[93] Pois se quiséssemos, como propõem os referidos autores, fazer a solução já de *lege lata* depender da racionalidade do desejo de morrer ou de uma ponderação de interesses, acabaríamos criando uma insegurança jurídica insuportável para qualquer paciente ou médico. A circunstância de

(89) Hoerster, como a nota 7, p. 169 *et seq.*

(90) Küng, como a nota 8, p. 65 *et seq.*

(91) (N. do T.) Esta fundação já foi referida acima: 4.3.2.2.

(92) Veja-se abaixo, G.

(93) Também a Reunião Parlamentar do Conselho da Europa em Estrasburgo se pronunciou, em junho de 1999, contra uma legalização da eutanásia ativa (ao mesmo tempo em que reconheceu a eutanásia indireta); compare-se *FAZ*, de 26.06.1999.

que nem mesmo os defensores destas regras conseguem trazer soluções concretas já o demonstra suficientemente. Também a ambigüidade de critérios como "racionalidade" e "interesse" constitui uma porta aberta para tendências criticáveis, porta essa que seria melhor não abrir.

Uma regulamentação legislativa, como a proposta por Hoerster, que exige uma fundamentação documentada e a presença de um segundo médico, é menos vulnerável a tais críticas. Mas será realmente necessário dar um tal passo, que transformaria o médico, o qual até então só possui o dever de curar e atenuar as dores alheias, num executor de mortes quase oficiais, modificando a imagem de sua carreira de modo tão drástico?

Os opositores da eutanásia ativa apontam para o fato de que, segundo relatam os próprios médicos, os pacientes só em casos raros pedem a própria morte, e que podem ser reduzidos ainda mais tais desejos de morrer se, através de um acompanhamento humano e compreensivo da morte e de um eficaz tratamento das dores, forem eliminados os motivos (abandono e sofrimentos insuportáveis) que levam a este pedido.[94]

Não se pode negar que uma combinação entre o acompanhamento cuidadoso da morte e uma eficaz anestesia consista, em face do homicídio a pedido da vítima, no melhor caminho para tratamento de doentes que estão para morrer.[95] Não seria errado temer que uma (limitada) permissão do homicídio a pedido da vítima pudesse inclusive ser um obstáculo para o desenvolvimento dos tratamentos anestésicos, que na Alemanha já são atrasados, bem como do acompanhamento intensivo da morte, que é bastante dificultoso do ponto de vista humano; afinal, sempre haveria um caminho aparentemente mais fácil. Esta não seria uma solução humana.

Por outro lado, ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos os estados de sofrimento;[96] e a existência real de casos em que há um pedido urgente e compreensível de morrer é suficientemente demonstrada pelos exemplos da jurisprudência. Porém, devemos refletir que, segundo o direito alemão – diferentemente a quase todas as ordens jurídicas estrangeiras – a participação em suicídio sempre foi impunível. O procedimento levado a cabo por Hacketal (veja-se acima, 5.1) continua possível já em face do direito positivo, como último caminho, quando todos os meios empregados no sentido de tornar supérfluo o urgente desejo de morrer falharem. Se, num tal caso, o que deseja morrer esvaziar ele mesmo o copo, cujo conteúdo lhe concede uma morte suave, ele deu o último passo sozinho. Isto me parece, ainda assim, mais suportável que um homicídio legalmente institucionalizado e processualmente regulado.

(94) Projeto Alternativo, como a nota 24, p. 34; mas também Hoerster, como a nota 7, p. 137 *et seq.*

(95) Neste sentido, o próprio Hoerster, como a nota 7, p. 148. Cf., quanto a tudo, também Schreiber, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe* (Interrupção do tratamento e eutanásia), em: Bottke, p. 129 *et seq.* (p. 141 *et seq.*).

(96) Quanto a isto, veja-se Hoerster, como a nota 7, p. 141 *et seq.*

Quando se leva isto em conta, sobram para a legítima eutanásia ativa somente alguns raros casos-limite, nos quais a pessoa, que está doente de morte, sofrendo de modo grave, e desejosa de morrer, não pode ser libertada de suas dores, e tampouco está em condições de pôr ela mesma um fim à sua vida. Isto pode ocorrer, quando se tratar de uma pessoa completamente paralítica, ameaçada por sufocações. Parece-me que o caso (acima, 4.1.4) decidido pelo LG de Ravensburg pertence a esta categoria. O marido que, neste caso, ajuda a mulher a morrer através do desligamento do aparelho de respiração também não mereceria ser apenado, ainda que tivesse se utilizado não de uma interrupção técnica do tratamento, mas do homicídio direto.

O exemplo igualmente demonstra que tais situações-limite não envolvem somente médicos. É bastante discutida a hipótese (talvez fictícia), na qual o motorista fica preso, de maneira que se torne impossível soltá-lo, num caminhão que está pegando fogo, e pede a outrem que o mate, para escapar à dolorosa morte pelo fogo. Tampouco aqui seria compreensível punir aquele que presta ajuda a título de homicídio a pedido da vítima.

Para situações sem saída similares, nas quais inexiste outro meio disponível, propôs o Projeto Alternativo[97] um § 216, § 2.°, com o seguinte teor:

"O tribunal pode, se presentes os pressupostos do § 1.° (isto é, no homicídio a pedido da vítima, acréscimo do Autor), isentar o agente de pena, se o homicídio serve para dar fim a uma condição de sofrimento não mais suportável pelo atingido, que não possa ser eliminada ou atenuada por outros meios."

O Deutsche Juristentag aderiu, em 1986, a esta proposta.[98] Ele aceitou, como possibilidade última, a isenção da pena para o homicídio a pedido da vítima, deixando ao mesmo tempo claro que devem ter sido esgotados todos os outros meios para ajudar o mortalmente doente. Pelas razões expostas, penso que se deve preferir esta solução a uma ampla isenção para o homicídio a pedido da vítima. Em tais casos pode igualmente ocorrer uma exclusão da responsabilidade tendo em vista a decisão de consciência do autor.[99]

6. A eutanásia precoce

Um problema específico ainda pouco esclarecido refere-se a deixar morrer recém-nascidos gravemente deformados.[100] Não se trata de um caso au-

(97) Como a nota 24, p. 34.

(98) Cf. NJW 1986, p. 3.065, p. 3.073.

(99) Roxin, AT I[3], § 22, Rn. 118; mais detalhes sobre o ato de consciência e também sobre esta constelação em Roxin, *Maihofer-FS*, p. 389 *et seq.* Se deve haver justificação do agente, é algo que necessita maiores discussões.

(100) Na literatura antiga, são especialmente importantes os trabalhos de Arthur Kaufmann, JZ 1982, p. 481 *et seq.*, e Hanack, MdR 1985, p. 33 *et seq.* O primeiro trabalho monográfico abrangente a respeito do assunto nos traz Merkel, "Früheuthanasie" (Eutanásia precoce), 1999.

têntico de eutanásia individual, pois a criança recém-nascida não possui vontade, e igualmente não é possível encontrar uma vontade presumida. A única possibilidade de permitir a interrupção do tratamento será através do estado de necessidade justificante, naquelas hipóteses em que o recém-nascido gravemente lesado jamais adquirirá consciência,[101] ou quando, segundo uma apreciação objetiva, as dores e aleijões aos quais tal pessoa está submetida superarem claramente seu interesse em viver. Uma tal medida possui a vantagem de manter objetivos eugênicos longe desta esfera.[102] Ao invés de tais fins deve-se procurar, isso sim, a solução que, segundo nossa ciência e consciência, melhor corresponda ao interesse do recém-nascido. Nesta ponderação igualmente deve ser levada em conta a atitude dos pais. Além disso, deve-se estar esclarecido a respeito de que uma decisão favorável à manutenção da vida do recém-nascido somente será possível, na medida em que a coletividade estiver preparada para suportar os gravames que daí derivam, possibilitando aos pais da criança uma vida que não se despedace.[103]

As declarações concretas formuladas nos novos Princípios da Câmara Federal de Médicos parecem-me ser conciliáveis com o aqui exposto. Lá se diz (II, § 2): "No caso de recém-nascidos com gravíssimas deformidades ou graves defeitos de metabolismo, inexistindo qualquer perspectiva de cura ou melhora, é permitido, após suficiente diagnose e com o acordo dos pais, omitir ou interromper o tratamento prolongador da vida, que substitui a função vital inoperante ou insuficiente. O mesmo vale para crianças extremamente imaturas, cuja morte é inevitável, e para recém-nascidos que tenham sofrido graves lesões no cérebro. Uma lesão menos grave não é motivo suficiente para a suspensão ou a interrupção de medidas prolongadoras da vida, nem mesmo na hipótese de os pais assim desejarem".

7. A "eliminação de vidas indignas de viver"

A assim chamada eliminação de vidas indignas de viver está completamente fora de qualquer forma considerável de eutanásia. Trata-se, aqui, de matar, no interesse da coletividade, pessoas capazes e com vontade de viver, mas que sofram de doenças mentais incuráveis. A discussão a respeito foi impulsionada pelo inglório e até hoje conhecido escrito de Binding/Hoche, do ano de 1920: "A permissão da eliminação das vidas indignas de viver". Estas propostas, até 1933, encontraram preponderante repúdio, e foram retomadas posteriormente pelos nacional-socialistas. Uma permissão legal para tais homicídios, porém, não sur-

(101) É esta circunstância que importa para o Projeto Alternativo, § 214, I, § 2.° (como a nota 24, p. 13, com motivos à p. 20).

(102) Veja-se, porém, SCH/SCH-Eser, vor § 211, Rn. 32a: "Deve ficar claro que numa tal 'eutanásia precoce' não se trata mais de eutanásia individual, mas de eugenia no interesse da sociedade".

(103) Veja-se, quanto a isto, SCH/SCH-Eser, vor § 211, Rn. 32a.

giu nem mesmo no intervalo entre 1933-1945. O chamado programa de eutanásia do Estado nacional-socialista, que na prática foi além de tudo que já fora proposto por qualquer autor, reportava-se a um decreto confidencial de Hitler, datado de 1.º de setembro de 1939. Tal programa teve de ser interrompido já em agosto de 1941, por causa da inquietude e protestos do povo, que tomara conhecimento de uma tal prática.

Segundo o direito vigente, uma lei que tivesse por finalidade autorizar tais homicídios seria inconstitucional e nula, por violar a garantia à vida do art. 2.º, § 2.º, GG, e não é, obviamente, sugerida em lugar algum.

8. Conclusão

O panorama exposto possivelmente demonstrou em que terreno extraordinariamente complicado e controverso nos movemos ao falar da apreciação jurídico-penal da eutanásia. Uma "regulamentação satisfatória", que é o que nós, juristas, noutras esferas temos como meta, e às vezes inclusive alcançamos, aqui não é possível; pois a morte dolorosa de uma pessoa sempre permanece horrorosa. Mas é possível, mesmo assim, tentar moldar o direito de tal forma que ele, na medida do possível, dê ou ofereça ajuda, ou, pelo menos, somente tolere o mal menor. Isto foi o que tentei demonstrar, e como resultado viu-se que a maior parte das soluções aqui propostas já pode ser alcançada através de uma interpretação do direito vigente. Mas o leitor também terá percebido que a teia de constelações e regras é intrincada, em parte controversa, e de difícil conhecimento, inclusive para o especialista. Uma regulamentação legislativa da matéria, tal como a proposta no Projeto Alternativo – hoje, porém, bastante passível de correções – poderia trazer maior clareza e segurança jurídica.

1.2

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS PRINCIPIOS CARDINALES DEL DERECHO PENAL

MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA

SUMARIO: 1. Planteamiento preliminar – 2. Noción y naturaleza – 3. Terminología – 4. Caracteres: 4.1 Formalismo; 4.2 Apriorismo – 5. Funciones: 5.1 Constructiva; 5.2 Comprensiva; 5.3 Crítica y prospectiva – 6. Deducción – 7. Proyección – 8. Enunciación – 9. Diferencias con las tablas de principios (expresiones de ideales, aspiraciones o intenciones) establecidas en cabeza de algunos documentos legislativos (códigos y proyectos) contemporáneos – 10. Las negaciones de los principios; sus deformaciones.

Resumen: El Derecho Penal se funda antropológicamente y según los matices axiológicos que sustentan a los distintos ordenamientos jurídicos.

Esta situación origina que los principios que informan, inspiran, interpretan y limitan al mismo, presenten una doble característica, una general, aplicable universalmente, y otra particular, propia de cada ordenamiento.

El presente artículo aborda el estudio de los principios generales del Derecho Penal, aquéllos que provienen directamente de las concepciones de hombre y de Derecho, y que según el autor serian el Principio de Legalidad, de Actividade, de Ofensividad, de Subjetividad, de Proporcionalidad y, finalmente, de Humanidad.

Palabras-clave: Principios de Direito Penal – Ser humano – Direito – Bem jurídico.

1. Planteamiento preliminar

La doctrina penal de este tiempo se refiere con alguna frecuencia a ciertos principios del Derecho punitivo a los que reconoce o confiere gran importancia y que enumera en catálogos relativamente semejantes, pero de ningún modo coincidentes, antes bien, de diversa extensión, diferente contenido y distinto orden. Aparte del proceder tradicional, que no por serlo deja de perdurar y ser común en nuestros días y que se ocupa de algunos principios por separado en los puntos que estima oportunos dentro del sistema, sin conectarlos entre sí ni, menos, integrarlos en un conjunto,[1] tres maneras principales de enfocar la materia se observa en el pensamiento actual: a) una, que se aboca a estudiarlos uno por uno y según un orden lógico, sin entregarse, empero, a ninguna reflexión ni hacer

(1) Objeto de este tratamiento aislado y privilegiado son de ordinario los principios de legalidad y de culpabilidad.

ninguna advertencia acerca de su origen, carácter y relaciones, tomándolos simplemente como aparecen o se los descubre en un ordenamiento determinado, con lo que su inherencia a él y, por lo que hace al plano del conocimiento, su valor dogmático, exento de pretensiones ni posibilidades más amplias o profundas, resultan evidentes;[2] b) una segunda, que en realidad puede y debe ser tomada como una variante de la anterior y que los engloba y considera bajo un sucinto epígrafe o un breve párrafo en que se pone de relieve su pertenencia y, por tanto, se limita su radio de acción a un ordenamiento particularizado,[3] y c) la tercera, que, con mirada más penetrante hacia el trasfondo de los ordenamientos y ambición más preocupada y exigente por extraer de los principios sus consecuencias y aplicarlas, los considera características que individualizan y perfilan los Derechos penales propios de una determinada cultura jurídica, con lo cual, si bien se amplía su significación y la esfera de su validez, situándolos en una perspectiva de política criminal, y por destacada que sea o deba ser su impronta en legislaciones más o menos numerosas y más o menos semejantes o afines, sellándolas con una serie privativa de imperativos diferenciadores, tampoco asumen una prestancia constitutiva y señera, y no pasan de tener un realce empírico-cultural, y, por ende, histórico, que como ha venido en una época puede irse y desaparecerá en otro momento.[4]

(2) Así, señaladamente, Ferrando Mantovani. *Diritto penale, parte generale.* Padova : Cedam, 1979, passim.

(3) Ejemplo señero de esta tendencia es Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal, parte general.* Madrid : Civitas, 1977. p. 49, con la rúbrica "Principios informadores del vigente Derecho penal español", tratando sin más la materia a continuación, p. 49-55.

(4) Elocuentemente en esta corriente, Giuseppe Bettiol. *Instituciones de Derecho penal y procesal. Curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas.* Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona : Bosch, 1977. p. 95: "Se hace preciso individualizar los principios fundamentales del Derecho penal vigente, en el actual momento histórico, en los países que responden a un tipo de cultura 'occidental' y, por tanto, a un planteamiento político democrático 'personalista'"; y, comoquiera que las diferencias entre los códigos de los respectivos países son ahora "mínimas", entiende "que bien podemos hablar de una plataforma legislativa común". Con pensamiento análogo, José Antonio Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal, parte general,* Barcelona : Bosch, 1979. (publicados, 3 vols.), t. I: Introducción, p. 36: "La moderna política criminal viene postulando, y la doctrina admitiendo con carácter general, una serie de principios que configuran en definitiva la naturaleza y esencia del Derecho penal en la actualidad". Y con un propósito monográfico, Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro.* 3. ed., Rio de Janeiro : Revan, 1996. p. 61: "Existen efectivamente algunos principios básicos que, por su amplia recepción en la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales de la familia romano-germánica, por la significación política de su aparición histórica o de su función social, o por la reconocida importancia de su situación jurídico-condicionadora de derivaciones y efectos relevantes, constituyen un soporte indeclinable, con valor ilimitado para la comprensión de todas las normas positivas"; y añade en seguida, p. 61-62: tales principios, reconocidos o asimilados por el Derecho penal a través

Completan y matizan este panorama otras dos líneas doctrinales, que en sus raíces y pretensiones no difieren singularmente de la última de las anteriores, pero que sin duda integran elementos originales y ostentan personalidad propia. Una de ellas vincula los principios a las concepciones de la Ilustración y con buena lógica los hace depender de las prescripciones constitucionales, como limitaciones de la acción del Estado en materia penal y garantías de los derechos individuales, o, mejor, derechos fundamentales del hombre.[5] Y, aunque sin reducir a la Constitución el sentido de los principios, mantiene un fondo común de ideas con la línea precedente ya que los ve y los muestra como límites del Derecho penal.[6] La cercanía entre ambas líneas queda bien de manifiesto en la

de norma expresa o por el contenido de muchas normas adecuadas a ellas, "no dejan de tener un sentido programático, y aspiran a ser la plataforma mínima sobre la cual se pueda elaborar el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho". También para Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho penal, parte general.* Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Comares, 1993. p. 17-23, son *principios de política criminal,* reduciendo la materia, empero, sin ninguna precisión de carácter global sobre ellos, a sólo tres principios: el de culpabilidad, el del Estado de Derecho y el de humanidad. Por lo demás, yo mismo he utilizado varias veces la noción con designios político-criminales.

(5) Destacadamente, Luiz Luisi. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre : Safe, 1991. Asimismo, Cezar Roberto Bitencourt. *Lições de Direito penal, parte geral.* 3. ed., revista e ampliada, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995, p. 30 (4. ed., revista, ampliada e atualizada, con el nuevo título *Manual de Direito penal, parte geral.* São Paulo : RT, 1997, p. 35). Cfr. también Luiz Vicente Cernicchiaro, in Luiz Vicente Cernicchiaro y Paulo José da Costa Jr. *Direito penal na Constituição.* 3. ed., revista e ampliada, São Paulo : RT, 1995. Con un pensamiento semejante, Lorenzo Morillas Cueva. *Curso de Derecho penal español, parte general,* Madrid : Marcial Pons, 1996. p. 23-43, los concibe como "principios delimitadores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho", y establece una larga congerie de ellos. Claro es que esta comprensión de los principios supone que las constituciones se hallen inspiradas por un espíritu liberal y democrático, lo que no siempre ocurre ni lógicamente tiene por qué ocurrir, y, en todo caso, relativiza y restringe mucho su alcance y efectividad.

(6) En términos muy precisos y expresivos, Miguel Polaino Navarrete. *Derecho penal, parte general,* Barcelona : Bosch, 1983. t. I (único publicado): Fundamentos científicos del Derecho penal, p. 127-132 (en la 3. ed., Barcelona : Bosch, 1996, ha variado notablemente su sistema). Francisco Muñoz Conde. *Introducción al Derecho penal.* Barcelona : Bosch, 1975. p. 58-98, los trata como "principios limitadores del poder punitivo del Estado", y los restringe a dos: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada, de cada uno de los cuales se desprenden diversas consecuencias. Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del Derecho penal, concepto y método,* Barcelona : Bosch, 1976. p. 124-164, habla de "límites del Derecho penal subjetivo". Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho penal, parte general,* 3. ed., aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona : Ariel, 1989, p. 46-69, los concibe como límites, materiales o formales, del *ius puniendi*; y para Eugenio Raúl Zaffaroni,

evolución de unos mismos autores que en pocos años va desde sostener que "los llamados principios penales" son "expresión sintética" de "los límites del *ius puniendi*",[7] hasta, sin abdicar de este punto de vista,[8] denominarlos y estudiarlos como "principios constitucionales del Derecho penal".[9-10]

Ahora bien, de ninguna de estas maneras se explica las continuadas y a menudo sacrificadas tendencias, no sincrónicas, pero sí indudables y persistentes, que cabe observar a lo largo de la evolución del Derecho criminal por cobrar conciencia cada día más clara de tales principios, por delinear con rasgos más depurados y perfectos sus respectivas nociones y por hacer que las leyes se conformen mejor a sus demandas; ni se los contempla como criterio y módulo de valor abstracto y permanente para razonar y afirmar la verdadera superioridad de unos modos de concebir y de configurar semejante rama jurídica sobre otros, ni, aún menos, se los entiende como conceptos a que responde y en que se asienta la naturaleza y la calidad de lo penal, o sea, que sustentan y acotan en lo normativo el ámbito de los delitos y sus puniciones y que, en consecuencia, condicionan y rigen en lo cognoscitivo la ciencia que lo estudia, o, en otros términos, que imbuyen a las distintas instituciones penales su índole peculiar y las hacen congruentes entre sí y que dotan de coherencia a las construcciones de los dogmáticos y de unidad armónica al sistema.

2. Noción y naturaleza

Sin embargo, reconociendo el subido valor de tales concepciones de los principios del Derecho penal y el de las funciones que así entendidos

en obra en preparación, cuyos originales hemos consultado por gentileza del autor, son *limitadores*, no del Derecho penal, sino *del poder punitivo*. Tampoco tales teorías declaran la razón de su intelección de los principios ni el marco sólo dentro del cual ésta es aplicable.

(7) Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho penal, parte general*, 1. ed. (completa), Universidad de Valencia, 1984. p. 60, considerándolos particularizadamente a continuación, p. 61-94.

(8) Cobo y Vives. *Derecho penal, parte general*. 2. ed., Valencia : Tirant lo Blanch, 1987. p. 43: "El *ius puniendi* se halla sujeto a una serie de límites, que cobran una expresión sintética en los diversos *principios penales*".

(9) Ibidem, p. 45-67.

(10) Con un enfoque también limitativo, pero muy original y bastante difuso o confuso, Alessandro Baratta, "Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)". Trad. Beatriz Lenzi, en la revista *Doctrina Penal*, año 10, de Buenos Aires : Depalma, 1987. p. 623-650; y, posteriormente, con un criterio algo heterogéneo, Juan Antonio Martos Núñez, voz *Principios penales* (en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona : Seix, 1993. t. XX, p. 503-537), p. 503, dice: "Los principios informadores no sólo responden a exigencias dogmáticas de la Ciencia penal y el Derecho judicial, sino que, además, expresan las exigencias y garantías de un *Estado social y democrático de Derecho*".

cumplen, su misma y sola presentación delata la ausencia de solidez en aquéllas y el carácter adventicio de éstos, o sea, no una configuración errónea, sino una falta de razón suficiente que explique su existencia y sus limitaciones, y a la vez suscita la necesidad de ahondar en la materia hasta encontrar las raíces últimas, que en cierto modo son las primeras, de esta rama jurídica en un sentido propiamente humano. Se trata, pues, de una indagación de lo más íntimo y constitutivo, que es tanto como decir lo necesario, lo más firme, o, en otras palabras, los fundamentos primigenios y las líneas maestras de su entidad y su desarrollo en el tiempo, y también de su comprensión, siempre, como cuanto concierne al Derecho, en referencia y conforme a una idea de humanidad.

La existencia y la consiguiente dilucidación de ciertos principios que informan y mantienen la entidad de un ordenamiento punitivo y que a la vez condicionan y rigen su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal, permitiendo su identificación como tales y pudiendo muy bien ser llamados por ello cardinales, no tienen carácter empírico ni consienten ser investigadas y establecidas mediante la observación. De otro modo, no serían sino hechos y por ende contingentes, y, aunque servirían para perfilar y distinguir cada ordenamiento en particular y su correspondiente dogmática, no asegurarían su naturaleza penal. Por lo demás, toda entidad ha de asentarse en la existencia de principios que la fundan y al propio tiempo, sin perjuicio de sus relaciones con otras, impiden su confusión con ellas, y todo saber racional, incluso el no científico, se justifica y elabora por la referencia de sus conocimientos a nociones previas, de carácter más abstracto, o sea, de valor más universal.

Esto indica que tales principios han de consistir en criterios formales y aprioristas, congruentes y complementarios entre sí; es decir, en otros términos: que son independientes de y previos a cualquier experiencia jurídica, y que proporcionan sustento lógico suficiente para la entidad y la comprensión de lo penal. O expresado todavía de distinto modo: son nociones abstractas que condicionan y rigen la realidad de los diversos ordenamientos punitivos y, a la vez, la ciencia que los estudia, o sea, la dogmática penal, o, en otras palabras, son constitutivos. Les incumbe, pues, un cometido entitativo y otro cognoscitivo, y tienen un sentido y valor intemporal.

3. Terminología

A pesar de que la terminología no posee sino una importancia secundaria, tampoco resulta desdeñable examinar las diversas denominaciones de una misma realidad, pues denotan formas diferentes de entenderla o a lo menos suelen poner el acento en aspectos distintos o en funciones especializadas.

Estos principios reciben los nombres de "principios básicos",[11] "principios fundamentales",[12] "principios informadores",[13] "principios constitucionales"[14] y

(11) Así, en Nilo Batista, op. cit., p. 61-64.
(12) Según Bettiol, loc. cit., y Bitencourt, loc. cit.

"principios limitadores"[15] del Derecho penal;[16] todos los cuales dejan bien en claro la significación capital de los principios para el Derecho punitivo, siquiera sea sin ninguna especificación ulterior.[17]

A mí juicio, el título o nombre más apropiado y conveniente es el de "principios cardinales", por conservar viva y hacer efectiva la noción de fundamentos en que se asiente y sobre los cuales se eleve el Derecho penal, la de quicio que le dé firmeza y a cuyo alrededor gire, y la de pilares o columnas que lo mantengan y contengan en su ser y su perfil, guardándole de deformaciones y desviaciones o, en su caso, separándole de ellas celosamente.

4. Caracteres

De la mera noción y naturaleza de estos principios se siguen lógica e indefectiblemente sus caracteres, a saber: su formalismo y su apriorismo.

4.1 Formalismo

Formalismo, porque son representaciones ideales que carecen de todo contenido, señalando, no lo que hayan de prescribir las legislaciones, sino cómo o con arreglo a qué condiciones y limitaciones hayan de prescribirlo para merecer el calificativo de penales; y

4.2 Apriorismo

Apriorismo, porque, en consecuencia, no dependen ni son aprehensibles, no se obtienen, a partir de la realidad jurídica, sino que condicionan y acreditan su conocimiento, sirviendo de criterio y módulo para establecer o deducir lo que en verdad sea penal.

Son nociones vacías; el contenido proviene de y pertenece a la realidad. Y su existencia y valor son ajenas y previas en sentido lógico a tal realidad.

(13) De esta suerte, Rodríguez Mourullo, loc. cit.; Sainz Cantero, loc. cit., y Martos Núñez, loc. cit.

(14) Expresión preferida por Luisi, op. cit.

(15) Por ejemplo, Muñoz Conde, op. cit., p. 58. Parecidamente ("principios delimitadores"), Morillas Cueva, op. cit., p. 23.

(16) Sin perjuicio de denominarlos "principios fundamentales", Bitencourt, locs. cits., los llama asimismo "principios limitadores" (y más en concreto, posteriormente, "principios limitadores del poder punitivo estatal") y "principios reguladores del control penal".

(17) Esto es, sin distinguir bajo la expresión común de *Derecho penal* su referencia a una parcela determinada de la realidad normativa o a la consideración teórica de ella; proceder poco cuidadoso del rigor conceptual y muy dado a equívocos.

De ahí que los principios no tengan realidad ni sean realizables; simplemente, regulan y hasta cierto punto informan la realidad y permiten conocerla. Es la realidad la que, dentro de lo que en cada constelación de circunstancias le sea factible, ha de guiarse por ellos y acercarse a sus postulados, en un proceso dialéctico sin fin y a conciencia siempre de la distancia insalvable que media entre una entidad empírica y una representación pura, las separa cada una en su plano y hace que, por más que la primera tienda con constancia y muchas veces con afán hacia la segunda como hacia su norte y plenitud, ésta resulte para aquélla permanentemente inasequible. Nilo Batista habla de la "naturaleza axiomática" de los principios y de "la amplitud de su expansión lógica";[18] y Zaffaroni los considera "orientadores", "reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished)".[19]

Su formalismo y su apriorismo, que les hace independientes y anteriores, en su entidad y validez, de toda realización efectiva y hace también que su conocimiento sea previo al conocimiento empírico y lo condicione, o, a lo menos, que éste lo presuponga, no impiden, sino que más bien requieren, su proyección en las diversas legislaciones penales, las cuales los concretan y les dan eficacia en latitudes y tiempos diferentes, con modalidades más o menos adecuadas y un nivel o una calidad más o menos depurada, de conformidad con la singular situación cultural en que aquéllas aparecen. Por ello, siendo, como son, principios constitutivos del Derecho penal, permiten concluir ante cada regulación de la materia el grado preciso de su auténtica naturaleza y perfección punitiva.

5. Funciones

Los principios, es decir, conceptos de su índole y sus características, tienen que ser conceptos funcionales, o sea, que consisten sólo y se agotan en el cumplimiento de unas funciones determinadas: ante todo, una constructiva, y otra, comprensiva; y, dado que se aplican a una realidad de cultura, histórica, que fluye y se modifica en el tiempo, de estas dos y principalmente de la última se deriva una tercera, crítica y prospectiva.

5.1 Constructiva

En primer término, los principios son meras representaciones intelectuales, en sí y por sí vacías e inertes, que, en cambio, cuando y en la medida en que inspiran a ciertas leyes o un grupo de leyes e incluso un sector individualizado de la legislación que se adecuan a sus postulados o dictados, obrando como forma pura que se infunde en ellas como materia y recibe de ellas un contenido, las rigen

(18) Op. cit., p. 62.
(19) Op. cit.

y constituyen en penales y son leyes y hasta un ordenamiento penal, acreditando su verdadera naturaleza penal.

5.2 Comprensiva

Por tanto, condicionan la indagación y la comprensión científica de los distintos ordenamientos existentes, comenzando por esclarecer la interpretación de sus normas, resolviendo sus contradicciones y organizando, con un sentido parcial, los conocimientos de las normas relativas a una misma institución en la respectiva construcción jurídica, y, con un sentido total, las distintas construcciones jurídicas en un sistema armónico y completo.

5.3 Crítica y prospectiva

Y, en fin, puesto que el Derecho, y dentro de él señaladamente el Derecho penal, está en continuo movimiento y transformación, y, por otra parte, que el conocimiento racional, y, por ende, el científico, es de suyo un saber crítico, uno y otro dato convergen en originar una mirada crítica que pone de relieve las deficiencias y los inconvenientes del Derecho que y como es, las deficiencias y los inconvenientes de orden técnico y con preferencia los teleológicos y los axiológicos, alumbrando los medios de subsanarlos con el objeto de que en lo futuro aquél se ajuste a lo que y como debe ser y recomendando en definitiva las correspondientes propuestas de cambio y de mejora, de perfeccionamiento. Por cierto, "también la aprobación de lo existente puede ser razonada y certera, y en ningún caso resulta infecunda, por cuanto puede estimular la posición contraria", y el hecho de que las modificaciones posteriores en el terreno de las normas no se atengan en muchas ocasiones a las soluciones aconsejadas anteriormente en el plano teórico, no arguye contra el papel dinámico y creador que la doctrina en su aspecto o momento crítico y prospectivo desempeña en las mudanzas del Derecho punitivo, con aspiraciones de mejorarlo y perfeccionarlo, ya que, cuando menos, siempre contribuye a formar o expandir el clima intelectual y social para los cambios jurídicos.[20]

Estas tres funciones bien pueden y deben ser llamadas, respectivamente, constructiva o fundamentadora y reguladora de la legislación punitiva, comprensiva o fundamentadora y reguladora de la dogmática penal, y crítica y prospectiva o fundamentadora y reguladora de la política criminal.[21] Y, aplicadas a un conjunto normativo o a un aspecto o punto jurídico más o menos amplio o limitado, permiten calibrar su genuina entidad y calidad penal.

(20) Rivacoba. *Elementos de criminología.* Valparaíso : Edeval, 1982. p. 60-61.

(21) Lo cual dista mucho de significar que la dogmática penal no comprenda la política criminal y que ésta sea ajena a ella, substantiva y autónoma. Cfr. ibidem, p. 55-64.

6. Deducción

Todo este discurso no pasaría de ser un juego o una combinación de conceptos ingeniosa o abstrusa, y resultaría intranscendental, si no estuviese fundado en y se dedujera de ideas bien claras y más generales. Pues bien, tratándose de principios jurídico-penales, han de derivarse de las nociones de hombre y de Derecho, supraordinada la primera a la segunda, en su significación más abstracta y general, y semejante proceder será inobjetablemente puro por mantenerse ajeno en absoluto a cualquier observación empírica.

Sin pretender definir aquí al ser humano, costará poco convenir en que se trata de un ser de razón, apto para los valores, que se representa y se propone fines, se sirve de las cosas y ordena su conducta para alcanzarlos, y se considera titular de un destino personal e intransferible, lo que, dicho con otras palabras, se significa con las expresiones usuales de que es fin en sí y sujeto de dignidad, no subordinable, por tanto, a nadie, sino igual, en tal calidad, a todos;[22] ser, por lo demás y en concordancia con lo anterior, que se reconoce en sus semejantes y se realiza en sociedad. Y no suscitará hoy graves objeciones la concepción del Derecho como "un ordenamiento predominantemente objetivo de regulación del comportamiento exteriorizado e interindividual de los hombres, mediante normas cuya prescripción, sancionada con la legítima posibilidad del empleo de la fuerza organizada de la sociedad y ejercida con exclusividad por el Estado o por instituciones a que éste se haya subordinado, se orienta a la consecución de fines valorados por cada comunidad según el correspondiente estadio de su evolución cultural";[23] concepción de claros designios realistas, que se atiene al concreto elemento de la tendencia de lo jurídico hacia fines determinados, que implican la protección de aquellos bienes a cuya preservación considera la comunidad ligada las bases de su subsistencia, y, sin excluirlos, tampoco se pierde o entretiene en ningún *tópos oúránios* de valores supremos y absolutos, o sea, imprecisables e inasequibles. La imagen del hombre como ser de razón y, sobre todo, de valores y de fines, y la del Derecho como regulación de las conductas que prevenga o resuelva conflictos y garantice la convivencia con arreglo a fines valorados de interés comunitario, suscita de inmediato el problema de la libertad, cuya realidad psicológica parece tan inverificable cuanto es indesmentible y efectivo

(22) "Lo que es fin en sí excluye toda ordenación jerárquica. Por eso, el concepto de persona es un concepto de igualdad". Gustav Radbruch. *Filosofía del Derecho.* Trad. José Medina Echavarría, Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1933, p. 170.

(23) Aunque Max Ernst Mayer. *Filosofía del Derecho.* Trad. Luis Legaz Lacambra, Barcelona : Labor, 1937. p. 120, advierte, con razón, que "todavía no ha habido un jurista ni un filósofo que haya acertado a formular una definición del Derecho unánimemente aceptada", y que "esto es raro, pero explicable", pues a su juicio "el motivo principal consiste en que es imposible comprender y explicar satisfactoriamente las diversas formas manifestativas del Derecho en una única fórmula", nuestro antiguo discípulo y ya brillante Profesor José Luis Guzmán Dálbora ha acuñado con inteligencia y elegancia esta afortunada síntesis.

su carácter de postulado, sin el cual carecen de sustento y de sentido, no ya sólo el Derecho penal ni aun el Derecho en general, sino todo el complejo de las valoraciones y las finalidades, las normas y las sanciones, y, así como no cabe demostrar el hecho de la libertad, tampoco cabe negar el hecho, que la experiencia confirma cotidianamente, de que el individuo humano concibe la libertad y se considera o se siente libre, aspira a serlo más cada día y a partir de esta convicción o esta vivencia prefiere y pretiere, se plantea metas y exigencias, crea un mundo distinto y por encima del mundo de la naturaleza y se mueve en el reino de la cultura.[24]

Ahora bien, si de semejantes nociones se deducen principios que a su vez sustentan y estructuran uno o varios ordenamientos punitivos, simultáneos y sucesivos, nadie dudará que en todos ellos se da un Derecho penal fundado antropológicamente; y es más: sólo tomándolas por base se puede dar y se puede comprender un Derecho penal de y para los hombres. Lo cual, como es lógico, no obsta a que dichos ordenamientos difieran luego, en mayor o menor extensión, por sus peculiares contenidos; antes bien, reclama esta diversidad, en la que se originan las respectivas elaboraciones dogmáticas. Y es fácil de percatarse de que no forman una serie de enunciaciones y exigencias aisladas, sino que constituyen un plexo continuo, en el que unos se desprenden de y se complementan con otros, no proporcionando sino en su conjunto sustentación lógica y orientación axiológica suficientes a los distintos ordenamientos;[25] los cuales, con todas sus diferencias entre sí, serán por igual y siempre ordenamientos de substancia y sentido plena y eminentemente humanos, lo que equivale a decir auténtico y señero Derecho penal, y nunca primitivas expresiones reactivas o vindicativas, ni miserables instrumentos de aflicción y tortura ni vergonzantes medios de intimidación e imposición.

Por ello, los principios han de ser establecidos mediante una doble deducción: una, de carácter general que los vaya infiriendo desde las mencionadas nociones de hombre y de Derecho, según un cuidadoso orden lógico, y, luego, una propia de cada uno, que avance desde y lo apoye en los que

(24) Cfr. Rivacoba. *Configuración y desfiguración de la pena.* Santiago de Chile : Instituto de Chile (Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales), 1980. p. 13-14. Por otra parte, Radbruch. *Introducción a la ciencia del Derecho.* Trad. Luis Recaséns Siches y prólogo de Fernando de los Rios. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1930. p. 9, habla del general Derecho y la cultura en como "reino intermedio entre el polvo y las estrellas, el reino del humano anhelar y crear que se halla situado entre el reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros", y reconoce "al Derecho, como fenómeno de cultura, como obra humana, partícipe de las leyes de causalidad de la tierra, pero partícipe también del impulso ascensional hacia las supremas alturas".

(25) "El criticismo kantiano nos ha probado que, si bien las formas de la cultura y del Derecho son absolutas y generalmente válidas, su contenido, no obstante, depende de datos empíricos y es, por consiguiente, completamente relativo". Radbruch. "El relativismo en la Filosofía del Derecho" (en su libro misceláneo *El hombre en el Derecho.* Trad. de Aníbal del Campo. Buenos Aires : Depalma, 1980. p. 95-102), p. 95-96.

les precedan. En estas páginas no podemos engolfarnos más que en la primera; el examen de la segunda pertenece al estudio de los diversos principios en particular.

1.° De las dos nociones antedichas se obtiene que la prohibición de ciertas acciones u omisiones por el Derecho y sus amenazas para el caso de incurrir en ellas de privación de bienes de significación social muy importante a seres racionales que, sobre la base de su conocimiento intelectual, sus valoraciones personales, su facultad discursiva y su margen de autodeterminación, conciben y se fijan fines y obran para alcanzarlos, han de ser instituidas y descritas con la mayor precisión posible, no en referencia a sucesos singulares y concretos, sino conceptualmente, en su sentido genérico, abstracto y general, sin aplicabilidad alguna a ocurrencias previas a su establecimiento, sólo para lo futuro, y con un designio de permanencia y de regulación universal, refractaria al arbítrio y al azar. A este pensamiento responde, entre las fuentes formales del Derecho, la ley;[26] y así surge, constituyendo el Derecho penal y limitándolo en su amplitud, el principio cardinal de la legalidad.

En su virtud, se abre en los hechos la vía al agente para, afirmado la ley, conocer el carácter de sus actos según el Derecho y las consecuencias a que se expone con su obrar, o sea, la vía por la que se forja su certeza,[27] reflejo subjetivo, esto es, psíquico, de la idea de seguridad jurídica, la cual, a su vez, es base necesaria e inconmovible sobre la que se yergue airosa la libertad individual.

2.° Por su propia entidad, el Derecho no puede regular maneras de ser de los hombres, ni tampoco la manera como conformen su personalidad o su vida, ni hacer recaer sobre un hombre las consecuencias jurídicas que se sigan del obrar de otro o de acontecimientos naturales, sino únicamente los actos, positivos o negativos, que haya producido como individuo y que posean significación intersubjetiva, o sea, que hagan relación a otro, habiendo de abstenerse, pues, de cualquier investigación o medida acerca de cuantas actuaciones no tengan más significación que la meramente personal para el sujeto o que no hayan salido de su interioridad. Así aparece, con sus caracteres a la vez constitutivo y limitador del Derecho penal, el principio de actividad.

3.° El Derecho, por regular el comportamiento exteriorizado e intersubjetivo de los hombres, tiene que ocuparse de los objetos en que se ocupa este comportamiento por el valor que poseen y el interés que representan para los hombres mismos y para la sociedad que los agrupa, de la que reciben y a la que prestan medios de realización recíproca y sólo en cuyo seno puede aseverarse, en una acepción que sea más que simplemente biológica, que viven; objetos, pues, que los hombres consideran im-

(26) Cfr. Rivacoba. *División y fuentes del Derecho positivo.* Valparaíso : Edeval, 1968. p. 57, 58-59 y 95-108.

(27) Cfr. la magnífica obra de Flavio López de Oñate. *La certeza del Derecho.* Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, y prólogo a la edición en castellano por Eduardo J. Couture. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

portantes y aprecian o estiman, elevándolos con ello de meras cosas a verdaderos bienes e incardinándolos en sede de cultura. Los hay de tanta monta y excelencia y estimados hasta tal grado, que no basta para preservarlos una protección de hecho, sino que se los protege jurídicamente, prescribiendo y proscribiendo conductas al efecto; y algunos revisten una significación tan eminente y despiertan un interés tan alto, sea para la subsistencia y organización de la comunidad o como medios o condiciones de vida y desarrollo de los individuos que la componen,[28] que los atentados contra ellos ponen en movimiento la rama jurídica que expresa y concreta la desvaloración o reprobación más intensa de ciertas acciones u omisiones, sancionándolas con la mayor severidad. Por donde se ve que el Derecho penal, así como es respuesta a dichos ataques, no puede obrar, ni siquiera cabe imaginarlo, sin que medie significativa afectación de algún bien de esta índole, o sea, de un bien jurídico de notable entidad, y se hace patente el principio de ofensividad.

4.° Porque el Derecho regula ciertos sectores del comportamiento humano y por la índole o condición del hombre como ser de razón y de valoraciones, el Derecho penal tiene que requerir que los actos que haya de condenar, además de ofender siempre un bien jurídico, sean obra, no únicamente en lo físico, sino también en lo anímico, del sujeto, o, manifestándolo con mayor exactitud, que el sujeto tenga dominio de ellos como tal, como ser de conocimiento y de voluntad, y también de valoraciones, que conoce o puede conocer y quiere o acepta el acto en su entidad objetiva y en su significación antijurídica, y que puede hacer del deber jurídico motivo de su obrar y obrar así conforme a Derecho. O en resumen: el Derecho punitivo no puede prescindir de la dimensión subjetiva que inspire las actuaciones a que se refiere, dirigida hacia el autor; pensamiento y exigencia, constitutivos y limitadores del ámbito de lo penal, que son lo que caracteriza el principio de subjetividad.

En un análisis más detenido y profundo, los principios que le siguen, y especialmente el de subjetividad, extraen y aplican las virtualidades ínsitas en el de legalidad, pues las acabadas descripciones de los delitos y sus penalidades acotan, por un lado, el repertorio de las acciones y omisiones que integran el Derecho criminal o penal y el de sus respectivas sanciones, concretan, por otro, la serie de bienes jurídicos cuya ofensa éste desaprueba y sanciona, circunscribiendo con ello en su extensión y volumen la facultad punitiva, y, en particular, suministran los presupuestos necesarios para los conocimientos y la motivación de los individuos en su obrar.

5.° La conjunción de las nociones de hombre y de Derecho hace que éste haya de tomar y tratar a los seres humanos en su identidad radical, sin hacer acepción de personas, mas, como, por otra parte, no se refiere exclusiva ni principalmente a realidades homogéneas, susceptibles de determinaciones iguales o en que unas sean partes de o mensurables por otras, es decir, de identidades o equiparaciones, de conmensuraciones y de magnitudes comprendidas o comprensibles matemáticamente unas en otras, sino que por lo común ha de

(28) Interés, en este sentido, siempre comunitario.

referirse a entidades de carácter axiológico, entre las cuales se cuentan de manera señalada los delitos y las penas y en las que sólo caben las equivalencias y las proporciones estimativas, no le queda otro recurso, en un esfuerzo o como medio para acercarse o asimilarse a la igualdad, que utilizarlas, y, cuando las primeras no sean del caso, servirse de las segundas, esto es, establecer relaciones de aprecio o estimación que expresen y compensen las diferencias de valor según criterios objetivos y estables y con la mayor exactitud o aproximación posible, siendo de reconocer la innegable y a menudo extrema dificultad de las tareas y los juicios valorativos. Con lo cual se hace presente, siempre con los consabidos rasgos constitutivo y limitador, el principio de proporcionalidad.

6.° Finalmente, como quiera que la noción de Derecho se halla subordinada a la de hombre, aquél ha de orientarse en todas sus manifestaciones a éste, o, expresado en términos más abstractos, a la humanidad, entendida, no como conjunto total de seres humanos, sino como representación constitutiva de carácter ideal. Por consiguiente, cuanto más la regulación de las conductas exteriorizadas e interindividuales, para organizarlas en un orden que precisamente las haga posibles y garantice su coexistencia, haya de restringir la libertad de los individuos y les formule y los someta a exclusiones más rigurosas (y, por su propia naturaleza y razón de ser no hay en el ordenamiento jurídico exigencias ni exclusiones más graves que las penales), menos podrá perder de vista y dejar de reconocer jamás que quien infringe sus prohibiciones, es decir, el delincuente, y haya de ser objeto de su sanción, o sea, el penado, es y no puede sino seguir siendo un hombre, sujeto siempre de dignidad, que vive en convivencia y se realiza en sociedad, y que como tal tiene que ser tratado;[29] concepción que consagra en el Derecho punitivo el respeto al ser humano y elimina o proscribe de él cualquier disposición o trato que mutile, desfigure o anule al hombre, sea en su personalidad física, sea en la moral o la social.[30] Pero sería erróneo pensar que semejante orientación del Derecho penal venga impuesta o declarada por simples afecciones sensibles y filantrópicas ni por consideraciones humanitarias, pues se encuentra anclada en fundamentos más sólidos y se deriva de raíces más hondas según una inferencia estrictamente lógica, y, por otra parte, la relación con el delincuente y con el penado como hombre requiere de los demás ejercer y poner a contribución las capacidades que laten en todos los hombres para serlo de manera más plena y auténtica cada vez[31] o, en otras palabras, responder a la idea de humanidad y regirse por la exigencia y aspiración de una comunidad o convivencia pura, o sea, absoluta.

(29) El lector advertirá que, sin atenerse absolutamente a él, este pensamiento se origina y basa en el de Rudolf Stammler. *Tratado de filosofía del Derecho.* Trad. de Wenceslao Roces, Madrid : Reus, 1930. p. 257-259. Al respecto, cfr. asímismo otras obras del propio autor.

(30) Radbruch. *Filosofía del Derecho*, cit. p. 212, recuerda la frase de Goethe: "Tanto si se ha de castigar como si se ha de tratar con dulzura, debe mirarse a los hombres humanamente". Cfr. Rivacoba. *Configuración y desfiguración de la pena*, cit., p. 19-20, y *Función y aplicación de la pena.* Buenos Aires : Depalma, 1993. p. 83.

(31) En la conocida terminología escolástica, pasan de la potencia al acto.

Así, enriqueciendo a uno y a otros, a todos se delinea y destaca el principio de humanidad, que, si ha de ser entendido correctamente, no se origina en ninguna previsión política o constitucional, sino que es previo a cualquiera de ellas, y que, de forma idéntica a los principios anteriores, constituye y limita el Derecho penal, pero, al mismo tiempo, es el punto de convergencia ideal de todos en una unidad lógica y funcional. Y aquí es oportuno señalar que en la serie de los principios, deducidos conforme a un riguroso proceder lógico, el primero y el último ponen al Derecho penal en relación inmediata con las ideas, hablando con propiedad, de Derecho, respectivamente, la de seguridad jurídica y, todavía más plena y abarcante, la de humanidad.[32]

Al cabo de estas reflexiones, ya cabe definir los principios cardinales del Derecho penal como una serie de criterios abstractos, derivados directamente de las meras nociones de hombre y de Derecho, congruentes y complementarios entre sí, que informan ciertas disposiciones, secciones o instituciones punitivas y, por tanto, en su conjunto, también el ordenamiento penal, y que, en consecuencia, permiten su comprensión sistemática.[33]

7. Proyección

Los principios, no por carecer de cualquier contenido (formalismo) y ser independientes de toda experiencia jurídica (apriorismo), ni por su obtención mediante un razonamiento deductivo, sin la introducción de ningún elemento ni necesidad de ninguna corroboración de carácter inductivo, carecen también de eficacia; al contrario, su índole y su razón de ser los constituyen en criterios condicionantes y ordenadores, es decir, en categorías, que rigen y mensuran el pensamiento y el conocimiento penal y el propio Derecho penal, proyectándose así en la teoría y en las leyes punitivas y explicando que aquélla los demande y éstas se acomoden a sus requerimientos según el grado y las características de su desarrollo cultural en un horizonte de humanidad, o sea, de convivencia pura. Con lo cual se explica, además, la pronunciada línea de esfuerzos constantes o intermitentes que afloran en la doctrina y en las legislaciones, y también sus avances y retrocesos, por concebirlos y formularlos y por consagrarlos con progresiva perfección, fidelidad y efectividad.

Claro es que puede haber y que ha habido y hay regímenes punitivos que no responden en ningún aspecto ni medida a estos principios, pero por ello mismo conforman un Derecho penal no antropológicamente fundado, contrapuesto al

(32) Cfr. Mayer, op. cit., p. 196, 199-200, 204 y 210-212.

(33) Martos, loc. cit., los define como "aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho penal". Y añade: "Constituyen, por tanto, los pilares sobre los que descansan las instituciones jurídicopenales: los delitos, las faltas, las penas y las medidas de seguridad, así como los criterios que inspiran las exigencias político-criminales".

que se suele denominar Derecho penal liberal, el protector –por decirlo con las elegantes palabras de Carrara– "della libertà umana cosi esterna, come interna".[34] Y a poco que se ahonde en su análisis habrá que concluir que, a despecho de sus apariencias y de su nombre, les falta radicalmente la esencia de lo jurídico, porque, muy a la inversa de constituirse en medio para ordenar y asegurar la convivencia y defender la libertad individual en concurso y armonía con la libertad de todos, no pasan de ser dictados del arbitrio y rudos instrumentos de opresión y represión, en manos del mero poder sin legitimidad ni autoridad.

8. Enunciación

Luego de cuanto precede, apenas hace falta enunciar estos principios. Son, por su orden: principio de legalidad, principio de actividad, principio de ofensividad, principio de subjetividad,[35] principio de proporcionalidad y principio de humanidad.

9. Diferencias con las tablas de principios (expresiones de ideales, aspiraciones o intenciones) establecidas en cabeza de algunos documentos legislativos (códigos y proyectos) contemporáneos

Tampoco habrá dificultad para comprender que estos principios y la teoría acerca de ellos se hallan completamente al margen de las tablas de principios que figuran a la cabeza de algunos documentos legislativos de reciente data, como el lamentable Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica, de 1963-1979,[36] o, por su inspiración, los Códigos colombia-

(34) *Programma del corso di Diritto criminale, parte generale.* 1859, Prolegomeni.

(35) Por razones que no son de este lugar, se considera más apropiada y precisa la denominación *principio de subjetividad* que la usual y tradicional *principio de culpabilidad*, si bien en el fondo no haya inconvenientes para tomarlas y emplearlas como sinónimas.

(36) Respecto a él, cfr. Zaffaroni, "La reacción penal en el Código penal tipo latinoamericano frente a la Convención latinoamericana de derechos humanos y las actuales demandas de la política criminal continental". *Política criminal latinoamericana. Perspectivas, disyuntivas*, Buenos Aires : Hammurabi, 1982, p. 115-123, y Rivacoba, "Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica", en la obra colectiva *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba, 1987. p. 215-244, y en las revistas *Doctrina Penal*, cit., año 10, cit., p. 713-734, y *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá : Universidad del Externado de Colombia (Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas), vol. XI, n. 37, enero-abril, 1989, p. 55-74.

no, de 1980,[37] y peruano, de 1991;[38] tablas que más que de principios son de expresión de ideales, aspiraciones o intenciones, no concretadas después y a menudo desmentidas en el articulado de dichos cuerpos,[39] ni otro efecto, en definitiva, que el de turbar o enturbiar su intelección y su aplicación.

10. Las negaciones de los principios; sus deformaciones

Frente a regímenes punitivos que sean extraños o contrapuestos a tales principios se hace imperativo para la doctrina basada en y conforme con ellos denunciarlos con insistencia y severidad y postular con apremio su substitución por leyes que sean respetuosas de la dignidad humana y de su propia y verdadera entidad jurídica. Aparte de esto, nada de sorprendente tiene que cuerpos legales informados por los auténticos principios cardinales incurran en su desconocimiento o negación, es decir, que se desvíen de sus exigencias o las contradigan, al regular determinadas instituciones, lo que una dogmática acuciosa descubrirá y pondrá de relieve sin excesivas dificultades, proponiendo de inmediato la debida corrección.[40] Con todo, será más frecuente o insidioso, y entrañará mayores riesgos para la reconstrucción científica, la deformación que, bajo apariencias de fidelidad a sus exigencias, de hecho los desfigure y recorte en su genuino sentido y alcance.

Introducidos mediante este análisis en el estudio de los principios cardinales del Derecho penal, lo que ahora procede es internarse en el de cada uno, examinando por separado su deducción próxima de los que le preceden inmediatamente, y su conexión con ellos; el proceso histórico de su conformación y aparición en las legislaciones, y también en la doctrina, y el grado de fidelidad con que las unas lo realizan y el de acierto con que la otra lo formula; su respectivo significado político; las funciones que cumple, y las consecuencias de muy varia especie que por lógica se derivan de su entidad y finalidad privativa, así como, en fin, sus negaciones o deformaciones.

(37) Sobre él, cfr. Rivacoba, "El nuevo Código penal de Colombia (1980)", *Doctrina Penal*, rev. cit., año 4, 1981. p. 85-159, y en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca* 5, p. 21-42, de Cali (Colombia), 2.º semestre de 1981.

(38) En relación con él, cfr. Guzmán Dálbora, "El nuevo Código penal del Perú (1991)", en *Doctrina Penal*, rev. cit., año 14, 1991. p. 631-731, y en lo concerniente específicamente a los que el propio Código llama *principios generales*, p. 638, 659 y 671.

(39) Obviamente, en un texto legislativo lo que tiene verdadero carácter jurídico y, por tanto, ha de prevalecer sobre cualesquiera declaraciones es su contenido normativo, sus prescripciones de conducta. Aquéllas, al igual que las rúbricas correspondientes, pueden a lo sumo servir de elemento intrínseco de interpretación de éstas.

(40) Por donde se aprecia y confirma que una dogmática que lo sea propiamente, no una exégesis disimulada o presuntuosa ni una reconstrucción del ordenamiento temerosa y complaciente, incluye una consideración crítica de éste y se completa a sí misma y culmina en la política criminal.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO – ATUALIZAÇÃO E REFORMA PENAL –

Por uma atualização formal e substancial do capítulo dos crimes contra a Administração Pública

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Disciplina da Parte Especial de 1940. Críticas e perspectivas: 2.1 Sobre o art. 327 do Código Penal: 2.1.1 O enfoque orgânico-funcional; 2.1.2 Da denominação; 2.1.3 Outras ponderações acerca do Título XI e do art. 327 do CP: 2.2 Sobre os delitos funcionais em espécie: 2.2.1 Do peculato; 2.2.2 Emprego irregular de verbas públicas; 2.2.3 Concussão; 2.2.4 Excesso de exação; 2.2.5 Da corrupção passiva e ativa; 2.2.6 Da prevaricação – 3. Incriminações no Direito Comparado – Sugestões para alterações substanciais no Título XI da Parte Especial do Código Penal – 4. Perspectivas legislativas no Brasil – 5. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O estudo meticuloso dos *crimes contra a Administração Pública*, de tipificação vazada entre os arts. 312 e 359 do CP, revela ao intérprete a necessidade de *revisão* do Título XI daquele *Codex*. Conquanto as previsões originais atendessem satisfatoriamente à objetividade jurídica tutelada (na dicção de Magalhães Noronha, "o desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência"), a natureza cambiante da sociedade contemporânea não prescinde de uma legislação penal consentânea com o novo comércio jurídico e as inéditas estruturas das administrações modernas. Tais modificações na esfera do *ser* demandam, inexoravelmente, adaptações do *dever-ser* imanente, hoje plasmado em um Direito Penal Positivo que se reporta à realidade de 1940. Reformas de caráter formal e substancial, incluindo a introdução de novas figuras típicas, serão bem-vindas, desde que *cautelosas*, para que não se instaure tumulto em meio aos operadores do Direito. No presente trabalho, o autor examina boa parte dos projetos que, a respeito do tema, foram já encaminhados ao Congresso Nacional, lançando ao debate público suas próprias ilações *de lege ferenda* e avaliando que quaisquer alterações dessa ordem deverão salvaguardar, desde o ponto de vista formal, a *segurança jurídica*, e perquirir, do ponto de vista substancial, o máximo grau de correspondência com a idéia de *Estado Justo*, limitando a instância penal às intervenções necessárias (Direito Penal mínimo) e preservando a dignidade humana.

Palavras-chave: Crimes contra a Administração Pública – Delitos funcionais – Funcionário Público – Título XI do Código Penal – Reforma da Parte Especial do Código Penal – Direito Penal Comparado.

1. Introdução

O Código Penal brasileiro, particularmente em sua Parte Especial, de há muito tem sido considerado um diploma infenso à problemática penal contemporânea e impróprio ao combate da criminalidade moderna, que se manifesta, ao cabo de um século, em meio à informática, à engenharia genética e ao mercado financeiro. Espraia-se, com efeito, por territórios completamente desconhecidos do legislador de 1940; e concita o Poder Legiferante à reformulação de delitos e à introdução de novas figuras típicas, abarcando a realidade fenomenológica que se projeta no bojo da sociedade moderna e que, há algumas décadas, sequer preocupava os operadores do Direito. Fala-se, então, em *reforma penal* – reforma essa que busca, sobremodo, a *atualização* de alguns paradigmas penais, e a *subversão* de outros, transmudando-os radicalmente ou mesmo os erradicando da órbita penal, face ao seu descompasso com os ditames sociais vigentes (tal é, *verbi gratia*, o caso de crimes como o adultério – art. 240 – e o rapto consensual – art. 220). Essa reforma, contudo, tende a ser procedida de maneira *puntiforme*, haja vista a aguda aversão dos legisladores e das próprias comunidades às modificações maciças – tanto é que, apesar dos inúmeros projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional, ainda convivemos com um Código Penal de 1940 (exceto quanto à Parte Geral – 1984), um Código Civil de 1917 e um Código Comercial de 1850. Daí, também, o largo uso de *legislações penais extravagantes* para o regimento de matérias trazidas pelos influxos da modernidade (*exempli gratia*, Lei 7.492/86, para os crimes contra o sistema financeiro; Lei 7.646/87, para os crimes de informática; Lei 8.137/90, para os crimes contra a ordem tributária e econômica; Lei 9.034/95, para o crime organizado; Lei 8.974/95, para os crimes relativos ao patrimônio genético nacional, às técnicas de engenharia genética e aos OGMs – Organismos Geneticamente Modificados).

Nesse passo, encaminhamos o debate, especificamente, para a seara dos *crimes contra a Administração Pública*, atualmente disciplinados, no Código Penal brasileiro, pelo Título XI de sua Parte Especial, e subdivididos em três grupos distintos: crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral, crimes praticados por particulares contra a Administração em geral, e crimes contra a Administração da Justiça (respectivamente, Capítulos I, II e III). Doutrina e jurisprudência sempre fitaram essa gama de crimes – e particularmente os ditos *funcionais*, elencados no Capítulo I – com especial reverência, considerando-os tecnicamente adequados.

Evidentemente, o caráter cambiante da sociedade tecnológica não poderia lhes poupar, tornando-os, nalguns pontos, até mesmo anacrônicos; não obstante, tendo em vista sua excelente lavra original, ao mais das vezes exigiram *atualizações* – e, mais raramente, *subversões*.

A importância vital desse título tem sido enfatizada pelos doutrinadores pátrios. Asseverou Magalhães Noronha:[1]

(1) Magalhães Noronha. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo. Saraiva : 1968. v. 4, p. 250.

"Razão teleológica do Estado é a consecução do bem comum. Para isso, tem ele que realizar certas finalidades que, em síntese, se reduzem à preservação da independência no exterior e à manutenção da ordem no interior. (...) Relativamente ao segundo objetivo – a ordem, tomada em sentido amplo –, impõe-se com toda a evidência, porque a êle cabe ditar as normas necessárias à harmonia e equilíbrio sociais. (...) Necessita, pois, de desenvolver certa atividade, sem o que jamais alcançaria seus fins. Existem, assim, funções fundamentais suas, independentemente das formas que possa assumir. É intuitivo que lhe incumbe ditar normas que ora dizem respeito a sua própria organização, ora às relações que mantêm com os indivíduos e ora às dêstes entre si. Ao mesmo tempo, cabe-lhe fazer com que essas normas sejam protegidas e tuteladas. (...) Tais funções são respectivamente a legislativa, a judiciária e a administrativa.

Mas, sendo o Estado pessoa jurídica, é claro que suas atividades têm que ser desempenhadas ou desenvolvidas por pessoas físicas, que são células do organismo estatal e que devem ser mantidas em estado de higidez e regular funcionamento, pois, como escreve Novicow, assim como a saúde de um animal depende do funcionamento normal de todos seus órgãos, a prosperidade do povo advém da produção de riquezas e do funcionamento regular do governo.

Com esse fim é que o Código volve suas vistas para a administração pública. Em sentido amplo, esta compreende as funções já dantes referidas – legislativa, executiva e judiciária –, podendo, então, ser considerada como complexo de funções exercidas pelos órgãos estatais, na consecução do bem coletivo.

Em sentido restrito, ela se refere à atividade do Poder Executivo (...)."

Realmente, preservar o regular funcionamento das funções estatais é tarefa inarredável do Estado, eis que não poderia alcançar um de seus objetivos precípuos – a *manutenção da ordem interna*, na lição de Noronha – sem essa providência.

Nesse passo, releva diferir, com foros de especificidade, a gama de crimes *contra a Administração Pública* daqueles que vulneram, em caráter genérico, *o Estado. Crimes contra o Estado*, no entendimento de José Frederico Marques, em verdade seriam todos: "(...) *sujeito passivo constante de todo crime é o Estado-Administrativo, por ser êle o titular do interêsse jurídico que se consubstancia no* jus puniendi *nascido com a prática da infração penal*"[2] (grifamos); já sujeito passivo *eventual*, ainda sob esse magistério, seria o titular direto do interesse penalmente tutelado e concretamente atingido pelo crime. Ferri (*Princípios de direito criminal*) enfatizava essa mesma distinção, embora valendo-se de outra nomenclatura (sujeito passivo *formal e material*). Com efeito, conquanto se possa identificar, em toda infração penal, um detrimento para o Estado – haja vista que, em certa medida, a ordem interna terá sofrido uma perturbação –, algumas figuras lesionam, de modo particular, os interesses mais afetos ao Estado e inerentes à sua personalidade jurídica. O Estado será, então, a um tempo *sujeito passivo formal e material* da infração. Nem todas essas infrações, porém, terão por objetividade jurídica a *Administração Pública* em senso estrito. Uma tal dis-

(2) José Frederico Marques. *Tratado do direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2, p. 21.

tinção pode ser haurida nas próprias bases da Teoria Geral do Estado: enquanto que por *Estado* se pretende significar uma ordem jurídico-política a abarcar um território e um povo e exercida de forma soberana,[3] por *Administração Pública* entende-se a "atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público (com exceção da atividade política)", na excelente definição de Fragoso.[4] O primeiro conceito, bem mais elastecido, acaba por absorver o segundo. Noutras palavras: para que o Estado, enquanto *órgão executor da soberania nacional*,[5] conserve-se incólume e mantenha agregados os cidadãos de sua bandeira, deverá desempenhar funções que lhe são ínsitas, mas às quais não se resume. Tais funções, vistas em seu conjunto e atribuídas ao corpo orgânico que as exercita, constituem a Administração Pública *lato sensu*. O Estado é a *ordem*; a Administração, um *instrumento* dessa ordem. Determinadas figuras típicas podem violar aquela ordem, sem necessariamente atentar, de forma direta, contra o respectivo instrumento. *Exempli gratia*, contemple-se o tipo penal do art. 9.º da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional): "Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena – de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos". A conduta típica expõe a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional (art. 1.º, I); portanto, é um crime em que o Estado figura como sujeito passivo material. No entanto, nenhuma função ou serviço estatal é, designadamente, objetivada pela conduta em apreço; não se trata, pois, de crime contra a Administração Pública.

A diversidade que buscamos demonstrar resta explícita no Código Penal português: o Título V de seu Livro II define os *crimes contra o Estado*, abrangendo os crimes contra a segurança do Estado, contra a autoridade pública, contra a realização da Justiça e os crimes cometidos no exercício da função pública. Dentre essas, apenas as três últimas categorias envolvem propriamente a Administração Pública; a primeira categoria – que compreende os crimes contra a soberania nacional e os crimes contra a realização do Estado de direito – não atinge, diretamente, a Administração Pública, embora ameace a personalidade jurídica estatal.

No presente trabalho, tem-se por escopo a análise dos crimes contra a Administração Pública (em seu sentido largo: funções executiva, legislativa e judiciária), e particularmente a apreciação das perspectivas de atualização que dos mesmos se acercam. A relevância de similar empreendimento pode ser depreendida, no campo doutrinário, da lição *supra* transcrita, em que o mestre paulista observa o quão necessários são o normal funcionamento e o prestígio da Administração para que se realize o interesse público. No âmbito pragmático, o cotidiano insiste em nos revelar a premência de alterações no Capítulo XI do Código Penal brasileiro, colmatando suas lacunas e revestindo-o de modernidade, para que a san-

(3) Cf. o conceito de Clóvis Bevilacqua, pautado na doutrina de Von Jhering: "O Estado é a sociedade que se coage; e para poder coagir é que ela se organiza tomando a forma pela qual o poder coativo social se exercita de um modo certo e regular; em uma palavra, é a organização das forças coativas sociais".

(4) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. v. 3. p. 387.

(5) Sahid Maluf. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1988. p. 38.

gria do Erário e a improbidade administrativa não restem impunes a despeito dos novéis procedimento que os ocasionam, como, *verbi gratia*, a especulação financeira com títulos públicos (vide escândalo dos precatórios), o nepotismo e os *lobbies* com dinheiros públicos.

Passemos, pois, ao estudo pretendido.

2. A Disciplina da Parte Especial de 1940. Críticas e perspectivas

2.1 Sobre o art. 327 do Código Penal

2.1.1 O enfoque orgânico-funcional

O Capítulo I do Título XI disciplina os crimes praticados *por funcionário público* contra a administração em geral. São crimes *próprios*, assim entendidos aqueles que "só podem ser cometidos por uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal (...). O crime próprio pode exigir do sujeito uma particular condição jurídica (acionista, *funcionário público*); profissional (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado); de parentesco (pai,. mãe, filho); ou natural (gestante, homem)"[6] (grifamos). E, pela especial condição jurídica que os tipos penais compreendidos entre os arts. 312 e 327 exigem do sujeito ativo, denomina-se-os *crimes funcionais*: "Crimes funcionais são os que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. São também denominados *delicta in officio*, isto é, *delicta propria* dos que participam da atividade estatal".[7]

Embora a condição de funcionário público represente, nos delitos funcionais, um *elemento normativo do tipo penal* (pois demanda, para sua verificação *in concreto*, um juízo de valor dentro do próprio plano da tipicidade[8]), o legislador de 1940 pretendeu conferir-lhe sua *interpretação autêntica*, restringindo o espectro de apreciação jurídica do próprio julgador. Assim é que estabeleceu, no art. 327 do CP, que "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Nos parágrafos que se seguem ao *caput*, equiparou a funcionário público todo aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade *paraestatal* (§ 1.°) e introduziu uma *causa de aumento de pena* (1/3) quando os autores dos crimes do Capítulo I forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de

(6) Damásio E. de Jesus. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 1, p. 166.

(7) Idem, ibidem, p. 191.

(8) Cf. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965, 2.° v, p. 72. No mesmo sentido, Aníbal Bruno, asseverando que os elementos normativas do tipo podem se apresentar sob forma de termos ou expressões jurídicas (como "documento", "coisa alheia móvel", "função pública" ou "funcionário") ou extrajurídicas ("mulher honesta", "dignidade", "moléstia grave"). Podem implicar, portanto, uma apreciação cultural ou um juízo de conhecimento técnico – inclusive ligado ao próprio Direito (*Direito penal – Parte general*. São Paulo, 1959. vol. I, p. 10).

direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Acerca dessa definição, alguns aspectos devem ser discutidos.

A jurisprudência debateu-se, em diversas ocasiões, para estabelecer se determinada atividade tornava ou não o agente do delito um *funcionário público*. Tal realidade evidencia, em certa medida, que a definição legal não foi de todo feliz. Se pretendia o legislador coibir a polêmica judicial, acabou por fomentá-la, a partir de um conceito reticente. Instaurou-se celeuma, *verbi gratia*, com relação aos guardas noturnos e aos inspetores de quarteirão;[9] aos leiloeiros;[10] aos peritos judiciais;[11] aos síndicos de falências;[12] aos serventuários de cartórios extrajudiciais;[13] e até mesmo em relação a estudantes de direito em estágios junto a órgãos

(9) "Embora não constante dos quadros policiais do Estado, o certo é que os inspetores de quarteirão existem e exercem função pública, sendo responsáveis pois pelos delitos funcionais que cometem" (TJSC – Apelação Criminal – rel. Francisco May Filho – *RT* 419/342).

(10) "Pratica tal crime o leiloeiro que, em leilão judicial subordinado às instruções do juiz, e, portanto, na qualidade de serventuário de que se serve o juízo para o cumprimento do fim pretendido no processo, se apropria de dinheiro de que tem a posse em virtude da função em cujo exercício se encontra. Art. 327 do CP" (TFR – Apelação Criminal – rel. Hélio Pinheiro – *RTFR* 124/186).

(11) "O perito, nomeado para determinado processo judicial, enquadra-se na função de funcionário público dada pelo art. 327 do CP. Assim sendo, a simples solicitação de vantagem indevida formulada por ele caracteriza o delito de corrupção passiva do qual a eventual falsidade do laudo é mero exaurimento, configurando causa especial de aumento de pena. Tal delito se distingue do perjúrio mediante suborno porque neste a iniciativa é do interessado na falsidade da perícia" (TJSP – Apelação Criminal – rel. Celso Limongi – *RT* 686/319).

(12) "O síndico da falência, conquanto exerça no processo múnus público, não pode ser equiparado ao funcionário público para efeitos penais. A Lei de Falências disciplinou as funções do síndico, sujeitando-o a sanções, inclusive penais, sem, no entanto, equipará-lo ao funcionário público ou conferir-lhe função pública" (TJSP – Habeas corpus – rel. Carmo Pinto – *RT* 583/320).

(13) Funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327): titulares e auxiliares de tabelionatos e ofícios de registro: caracterização não afetada pelo art. 236 da Constituição.

"O art. 236 da Constituição – ao dispor que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privativo, por delegação do Poder Público – não lhes afetou, mas antes lhes confirmou a publicidade da natureza, da qual resulta a consideração de seu pessoal como funcionário público, para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos.

"Recurso extraordinário: descabimento, pela letra *c*; afirmação de validade de ato normativo local desnecessário à conclusão do julgado.

"Não se conhece de recurso extraordinário pela letra *c*, quando o ato normativo local contestado, mas que se afirmou recebido pela Constituição, não é fundamento necessário do acórdão recorrido" (STF – 1.ª Turma – Recurso Extraordinário – rel. Sepúlveda Pertence – j. 11.02.1992 – *RDA* 188/75).

públicos.[14] A doutrina questionou, igualmente, a caracterização dos funcionários de empresas concessionárias de serviços públicos como funcionários públicos. De um modo geral, os tribunais pátrios sempre foram sequiosos na aplicação do art. 327 do CP; entendeu-se que "nosso Código (...) tomou a expressão no conceito mais amplo possível";[15] por conseguinte, todos os casos mencionados têm sido considerados, majoritariamente, subsumíveis à figura do art. 327 – à exceção do síndico da falência (e, de uma forma geral, todos os que detém simplesmente um *munus* público: tutores e curadores, *e.g.*) e dos funcionários de empresas concessionárias de serviços públicos. Mas a inclinação predominante não fez cessar o vociferar das teses contrárias.

Uma das razões pelas quais o art. 327 rendeu ensanchas às discussões apontadas reside no fato de a redação do legislador de 1940 referir, em um mesmo patamar, conceitos de Direito Administrativo que na realidade não poderiam ser contrapostos, tecnicamente, da maneira como o foram. O referido dispositivo menciona, a um tempo "cargo, emprego ou função pública", como o faz a própria Constituição da República em seu art. 37, I. Todavia, enquanto a menção a "emprego público", conforme a doutrina majoritária, diz respeito ao *regime jurídico* a que se submete o funcionário (*in casu*, regime celetista – ou seja, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – cujo contraponto seria o regime *estatutário*, não mencionado no artigo), os conceitos de *cargo* e *função pública* não se referem ao regime, mas à existência ou não de vaga criada por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos (*cargo*, na definição da Lei 8.112, art. 3.°, par. ún.).

Um emprego público pode ser exercido através de um *cargo*, ou pode compreender simplesmente o exercício de uma função; são mesmo encontradiços, nos municípios do interior de São Paulo, regimes jurídicos que prevêem funções públicas exercidas por funcionários que se submetem à CLT. A se considerar como mutuamente exclusivos os conceitos de cargo, emprego e função pública, o que dizer dessas situações? Tais funcionários estariam exercendo *funções* ou *empregos públicos*? A resposta é simples: exercem *funções públicas* (pois não ocupam vagas criadas por lei, com denominação própria), na condição de *empregados públicos* (pois não se sujeitam a um regime estatutário, mas àquele introduzido pelo Dec.-lei 5.452/43 – CLT). Dessarte, formalmente seria melhor que o legislador se tivesse cingido às expressões *cargo* e *função*; a menção aos "empregados públicos" no art. 327 é completamente despicienda, pois o empregado público estará, necessariamente, vinculado a um cargo ou a uma função pública (o mesmo se aplicando ao estatutário).

(14) "Estudantes de Direito atuando como estagiários junto à Defensoria Pública, mesmo sem designação regular da Procuradoria-Geral da Justiça, podem ser considerados funcionários públicos, na definição ampla do art. 327 do CP" (TJRJ – Apelação Criminal – rel. Raphael Cirigliano Filho – *RT* 550/355. No mesmo sentido, acórdão em recurso em *habeas corpus* prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Moreira Alves (*RT* 489/427 e *RTJ* 77/791).

(15) Rui Stoco. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo : RT, 1995. p. 3.093.

Ainda nessa ordem de idéias, há se de reverenciar o bom critério adotado pela *Lei Complementar Estadual 180*, de 12.05.1978, que dispõe sobre a instituição do Sistema de Administração de Pessoal relativo aos funcionários públicos civis e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado de São Paulo (Capítulo III – *Dos Conceitos Básicos*): consoante tal critério, há *postos de trabalho* ("lugar dentro de uma unidade a ser preenchido por alguém que desempenhe as atividades necessárias"), que podem ser ocupados por exercentes de *funções públicas* ou de *cargos públicos* (não refere "empregos públicos"). *Cargos e funções*, segundo as "justificativas e esclarecimentos" da lei, indicam a qualificação do funcionário ou servidor e a sua relação de trabalho com o Estado: direitos, deveres, vencimentos etc. Lança-se mão, conseqüentemente, do critério *funcional* (o utilizado pelo art. 327 do CP) e limita-se-o pelo critério *orgânico* (relação de pertinência com algum órgão público: *posto de trabalho*). Essa é, na verdade, a principal contribuição do diploma em destaque, sobre a qual passamos a discorrer.

É relevante observar a criteriologia a ser utilizada para se qualificar determinado agente de *funcionário público* para os fins penais. O Código Penal, repise-se, empregou tão-somente um elemento *funcional* para estabelecer o conceito do art. 327: será funcionário público aquele que exerce cargo, emprego ou função pública; basta, portanto, que *exercite* determinadas atividades afeitas ao interesse público. Prescinde-se, *a priori*, de qualquer nexo ou liame com as entidades que integram o Poder Público *lato sensu* – compreendendo-se aí todos os tribunais, todas as casas legislativas e todas as administrações do país, com suas ramificações (nesse último caso, ministérios ou secretarias), e bem assim os órgãos da chamada Administração indireta – autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista – e o Ministério Público. Exatamente pelo apego do legislador ao critério funcional, a jurisprudência identificou no inspetor de quarteirão, no perito judicial e no serventuário de cartório extrajudicial a condição de funcionários públicos. Tais indivíduos exercitam, indubitavelmente, atividades de interesse público; dessarte, haveria lógica em os enquadrar no art. 327. Todavia, atividades de interesse igualmente público são também exercitadas pelos funcionários de empresas privadas concessionárias do transporte público – diríamos, mesmo, que o interesse público afeto a essas atividades *suplantaria*, em termos pragmáticos, aquele depositado na atividade do perito judicial (afinal, à população interessa, sobremodo, que o transporte público seja prestado a contento; de menor interesse lhe parecerá, por certo, a conduta de um perito em determinado processo judicial). Nada obstante, o entendimento a respeito sempre foi o de que laboristas de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias não seriam funcionários públicos para efeitos penais...

Identifica-se, então, certo ilogismo no entendimento vigente – o que redunda, por sua vez, na conclusão de que o critério funcional, adotado em caráter de exclusividade, não é bastante para o equacionamento do problema.

Daí porque a autorização concomitante do critério *orgânico* – não mencionado explicitamente pelo legislador de 1940 – seria de bom alvitre. Tornaria mais científico o processo hermenêutico, e debelaria eventuais injustiças como aquela a que se fez alusão – considerar funcionário público o serventuário do Cartório de Notas, mas não o engenheiro de tráfego que trabalha para uma empresa privada concessionária dos serviços de transporte público; considerar funcionário públi-

co o perito judicial, mas não a testemunha (ambos auxiliares do Juízo). Nesse particular, justamente, pareceu-nos razoável a orientação da referida Lei Complementar Estadual 180, ao valer-se da expressão "postos de trabalho". Com isso, restou explícito o critério orgânico, a par do critério funcional (noções de *cargo e função pública*, também amparadas pela Lei em seu art. 5.°, I e II), vez que a idéia de "lugar dentro de uma unidade" (art. 5.°, XII) traz à baila o *nexo de pertinência* entre o agente público e uma das unidades compreendidas pela organização dos Poderes Públicos (*in casu*, da Administração Estadual).

Pugnamos, pois, pela adoção de uma criteriologia mais acurada para a caracterização do *funcionário público*, na qual seja utilizado não apenas o critério funcional (como faz, hodiernamente, o art. 327 do CP), mas também o critério *orgânico* (a exemplo da LC 180 – conquanto a exigência de um "lugar" dentro de uma unidade, na qual se insira o agente, seja talvez rigorosa demais para o desiderato da prevenção geral). Na esteira desse entendimento, profissionais que hoje são considerados funcionários públicos – peritos, serventuários extrajudiciais, guardas noturnos – não o seriam mais. Não poderiam cometer delitos funcionais; cometeriam, sim, delitos comuns, por ação ou omissão (nesse último caso, em face do disposto no art. 13, § 2.°, do CP – condição de garante, determinada pela lei ou pelo contrato).

2.1.2 Da denominação

O termo "funcionário público" guarda certa ambigüidade em sede doutrinária, e também no uso cotidiano. Há quem identifique na expressão a presença necessária de vínculo estatutário (em oposição a "empregado público"); outros definem o funcionário público como o ocupante de um cargo público. A própria LC 180 – reverenciada no item anterior pela adoção do critério orgânico-funcional – há de agora merecer nova menção, por assimilar a última definição: observa ser funcionário público a "pessoa legalmente investida em cargo público" (art. 5.°, IV). Esse não é, por óbvio, o sentido do art. 327. Assim, sob o aspecto rigorosamente técnico, preferiria a essa expressão uma outra, utilizada largamente para abarcar todas as diversas figuras que interagem com o Poder Público (funcionários públicos *stricto sensu*, empregados públicos, agentes políticos, particulares em colaboração com o Poder Público etc.): trata-se de designação *agente público*. A natureza anacrônica da expressão "funcionário público" tem sido, ademais, reconhecida pelo legislador contemporâneo. Como obtempera João de Lima Teixeira Filho,[16] "A nova Constituição Federal abandonou a expressão funcionário público, substituindo-a por servidor público, gênero do qual são espécies o servidor público civil (Capítulo VII, Seção II, da CF) e o servidor público militar (Seção III do mesmo Capítulo)". E prossegue o autor: "o servidor público civil designa o prestador de serviços vinculado à administração direta, autárquica e fundacional, como deixa claro o art. 39 da CF. O servidor público militar está definido a seguir, no art. 42". Mesma orientação foi assimilada pela Lei 8.112/91 (estatui o regime único para os *servidores* federais).

(16) Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna, Lima Teixeira. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo : LTr, 1997. vol. I. p. 177.

A denominação "agente público", por sua vez, foi adotada pela recente Lei de Tortura (Lei 9.455/97, art. 1.°, § 4.°, I), Bem como pelo Projeto de Código Penal italiano (1992).[17] No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello,[18] *agentes públicos* são todas as pessoas vinculadas ou não ao Estado, que prestam serviço ao mesmo, de forma permanente ou ocasional. Dividem-se em *agentes políticos*, *agentes administrativos* e *agentes por colaboração*. Agentes políticos são os que ocupam os cargos principais na estrutura constitucional, representando a vontade política do Estado; são o Presidente da República, os deputados e senadores, os juízes e promotores de justiça. Agentes administrativos são os servidores públicos em geral, no senso do art. 39 e seguintes da CF; tais servidores podem ser civis, militares ou temporários. Os agentes por colaboração com a Administração, finalmente, são os particulares que colaboram com o Poder Público voluntária ou compulsoriamente, ou ainda por delegação.

Perceba-se que a orientação jurisprudencial vigente acaba por abarcar, realmente, todas essas categorias: desde agentes políticos (*v.g.*, vereadores[19]) até particulares em colaboração com o Poder Público (*v.g.*, mesários eleitorais e jurados – colaboradores em caráter *compulsório* – e membros do corpo voluntário da Defesa Civil – colaboradores em caráter *voluntário*), passando pelos agentes administrativos, a saber, servidores civis e militares.[20] Desse espectro, os arestos têm excluído apenas – e inexplicavelmente – os agentes em colaboração *por delegação* (pessoas às quais foram atribuídos serviços públicos, como os funcionários de empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias). Assim, mais consentânea com a larga interpretação do art. 327 seria a expressão "agente público", ante o limitado sentido que comumente se imputa ao *nomen* "funcionário público".

Compreendemos que, entretanto, à denominação "agente público" deveria ser adicionado, para fins penais, o traço orgânico *supra* analisado (o que não está presente, *ab ovo*, no conceito doutrinário acometido à expressão); com isso, excluir-se-ia da definição os particulares em colaboração com a Administração que não mantivessem qualquer nexo de pertinência com órgãos do Poder Público

(17) Segundo a informação de Paulo José da Costa Júnior e Antonio Pagliaro, em *Dos crimes contra a Administração Pública*, São Paulo : Malheiros, 1997, p. 23, nota 34: "Também o Projeto de Código Penal italiano, de 1992, cuja Comissão Ministerial foi presidida pelo co-autor desta monografia, Prof. Antonio Pagliaro, publicado na revista *Giustizia Penale*, opta por uma *noção unitária de 'agente público'* (art. 143)" (grifamos). O Código Penal italiano em vigor (Decreto real n. 1.398, de 19.10.1930), todavia, ainda utiliza a expressão "oficial público": "Agli efetti della legge penale, sono publicci ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa".

(18) Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

(19) "O vereador é considerado funcionário público, *ex vi* do disposto no art. 327 do CP" (TJSP – rel. Thrasybulo de Albuquerque – *RT* 192/67).

(20) "A instância penal, à luz do disposto no art. 327 do CP, amplia o conceito de funcionário público, podendo, em conseqüência, militar comandante de unidade do Exército ser sujeito passivo do delito de desacato" (TJMT – Recurso em sentido estrito – rel. Otair da Cruz Bandeira – *RT* 471/387).

(*e.g.*, os auxiliares do Juízo – como peritos e testemunhas que não integram o órgão judiciário, mas apenas o auxiliam – e os particulares em colaboração por delegação – concessionários e afins), mantendo-se os que têm vinculação orgânica (como os mesários eleitorais e os jurados) e os agentes políticos e administrativos. Haveria, pois, um norte seguro para a interpretação do julgador.

A necessidade de se revitalizar o art. 327 do CP tem sido sentida na própria órbita legiferante, tanto que, acerca da denominação utilizada pelo legislador de 1940, fora apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.041/97 (Dep. Augusto Nardes): alteraria o art. 327 do CP, introduzindo exatamente a designação "agente público". Sob essa rubrica, incluir-se-iam os ocupantes de cargo político, delegado ou honorário. O parecer do congressista relator foi favorável. Tecnicamente, como se disse, a iniciativa é louvável.

Todavia, há repercussões de ordem pragmática que devem ser levadas em conta. Por todo o dito, dessume-se que a jurisprudência interpreta o vocábulo "funcionário público" com largueza, inserindo nesse conceito, inclusive, ocupantes de cargos políticos, bem como certas espécies de exercentes de "cargos" delegados e honorários; a utilização de denominação mais abrangente (agente público) poderia subverter o que na matéria já está pacificado, ensejando a inclusão de quem atualmente se mantém à margem do conceito: exercentes de *munus* públicos, dirigentes de empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos etc. Os transtornos, nesse caso, seriam inexoráveis; mais uma vez, ao invés de se ditar uma ordem para a matéria, obter-se-ia nova gama de polêmicas intermináveis, algumas das quais já sepultas à luz do atual art. 327. Por tal razão, qualquer alteração no dispositivo em apreço deve primar pela cautela e pela clarividência do preceito, de molde a repelir dúvidas e a fornecer, efetivamente, um referencial sólido para o julgador.

2.1.3 Outras ponderações acerca do Título XI e do art. 327 do CP

Bricola,[21] em "Tutela penale della pubblica amministrazione e principi constituzionali", assevera que o conceito amplo da Administração Pública adotado pelos Códigos, envolvendo todas as funções fundamentais do Estado (legislativa, administrativa *strictu sensu*, jurisdicional e de governo), é um atentado fascista ao princípio da divisão de poderes. Por outro lado, há de se reconhecer que tal amplitude rende ensanchas a que a jurisprudência extravase os limites do razoável (como nos parece ser o caso dos julgados pátrios que consideram funcionário público o guarda-noturno, o inspetor de quarteirão[22] e o perito judicial). Mas o Código italiano preferiu o sentido amplo, conforme Exposição de Motivos:

(21) Apud Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 16.

(22) "Delito atribuído a guarda-noturno. Admissibilidade. Equiparação a funcionário público, *ex vi* do art. 327 do CP. Condenação decretada. Inteligência do art. 322 do citado diploma. O guarda-noturno deve ser havido como funcionário público, tendo em vista a larga definição do art. 327. *Não obstante ser remunerado por particulares exerce função evidentemente pública, ligada de perto à segurança da coletividade, o que é bastante para preencher o requisito do citado art. 327*" (TACrimSP – AC – rel. Sylvio do Amaral – *RT* 370/188) (grifamos).

"O conceito de administração pública, no que diz respeito aos delitos compreendidos nesse título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a administração pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido estrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e de outros entes públicos."

Tomando em consideração a inferência de Bricola – que aparentemente comporta mais uma observação de caráter terminológico do que qualquer outra coisa –, talvez fosse melhor se falar em crimes contra o Poder Público, e não contra a Administração Pública. Nesse caso, não se estaria atentando (nem mesmo formalmente) contra o disposto no art. 2.º da CF, que estabelece serem Poderes da União o Legislativo, o Executivo (no bojo do qual insere-se a Administração Pública) e o Judiciário.

Ao art. 327, outrossim, conviriam algumas explicitações, face a algumas hipóteses nebulosas apontadas pela doutrina. Vejamo-las.

Autores renomados sempre indagaram se o exercente de função pública afeta a Estado estrangeiro seria funcionário público perante o ordenamento penal brasileiro. A esse respeito, assevera Costa Jr.: "Evidentemente, a função pública em causa haverá de ser brasileira. A função pública desenvolvida a serviço de outros Estados só pode ser levada em conta indiretamente, como nos casos em que venha a consentir na extradição, ou quando os atos estrangeiros sejam convalidados pelo ordenamento brasileiro". Assim, o exercente de função pública alheia à Administração Pública brasileira – *v.g.*, o embaixador de país estrangeiro, em caso de perda da imunidade diplomática – não seria, em princípio, funcionário público para fins penais. De bom alvitre, porém, que se acrescentasse à expressão "função pública" o adjetivo "brasileira", para elidir quaisquer indagações.

Outra divergência doutrinária que se instaurou, versando o art. 327, referia-se à possível aplicação dessa norma – e particularmente da equiparação que estabelece no seu § 1.º – não apenas para a caracterização de sujeitos ativos, mas também de sujeitos passivos. Dentre os que entendiam que a equiparação apenas diria respeito ao sujeito ativo do delito, perfilharam-se Nelson Hungria, Edgard Magalhães Noronha e Damásio Evangelista de Jesus. No sentido contrário, observando que a equiparação aplicar-se-ia para sujeitos ativos e passivos, manifestou-se Heleno Cláudio Fragoso,[23] para quem praticaria corrupção ativa o indivíduo que oferecesse vantagem indevida ao presidente de uma autarquia (funcionário público, por força do art. 327 e parágrafos do CP). É a orientação extensiva a que faz alusão Damásio de Jesus.[24] Há, porém, um reparo a ser feito,

(23) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1959. vol. IV. p. 102. n. 1.052.

(24) Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 6. ed., São Paulo : Saraiva, 1995, v. 4, p. 102: "Ofender a honra subjetiva de um funcionário de autarquia, em razão de seu trabalho, é injúria ou desacato? Há, sobre o tema, duas orientações: (...) 2.ª)

de ordem técnica. O art. 327, § 1.°, faz referência a "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal"; autarquias, todavia, não são entidades paraestatais, embora integrem – como essas – a Administração Pública indireta.[25] Assim, discutir se é juridicamente possível a injúria perpetrada contra funcionário de autarquia é discutir a possibilidade da extensão do *caput* do art. 327 (e não de seu § 1.°) aos sujeitos passivos dos diversos crimes. Ao menos assim o será, se nos atermos à melhor doutrina em sede de Direito Administrativo. Esse detalhe, ao que parece, escapou àqueles que, adotando uma tese restritiva, entendiam que a equiparação do § 1.° alcançaria *exclusivamente* as autarquias...[26]

Admitida a tese de Fragoso e caracterizada a injúria praticada contra dirigentes de entes paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), incorreria o autor na causa de aumento do § 2.°? Quanto a isso, inexistem dúvidas: *não*, por expressa exclusão legal: "quando os *autores* dos crimes previstos *neste Capítulo* forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou de assessoramento (...)" (grifamos).

De qualquer maneira, com o fito de pacificar aquela primeira questão, sugerir-se-ia a seguinte redação para o *caput* do art. 327, que obviamente repercutiria sobre seus parágrafos: "Considera-se funcionário público, enquanto sujeito ativo ou passivo da infração penal, aquele que (...)". Restaria estendida, expressamente, a definição legal à subjetividade passiva dos delitos, o que se nos assemelha recomendável.

Observe-se, finalmente, que esse mesmo § 2.° incorre em uma falha de porte considerável. Majora a pena dos sujeitos ativos de crimes funcionais que ocupem cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da *administração direta* (que, como se sabe, são os governos da União, dos Estados e dos Municípios, com seus ministérios e secretarias, e para os fins penais também os órgãos do Poder Judiciário e Legislativo da União e dos Estados), *sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público*. Como se vê, não há menção às autarquias. Significa que, em princípio, se o delito for cometido por diretor de autarquia, não incidirá a causa de aumento, enquanto que haverá a majoração se o delito é cometido por diretor de sociedade de economia mista ou empresa pública (paraestatais). Incompreensível o critério do legislador, a não ser que pretendesse ver integradas as autarquias no conceito de "órgão da administração direta". A jurisprudência não se tem manifestado a respeito; ao nosso sentir, há duas soluções para o impasse. A primeira, de *lege ferenda*, inspira maior segurança: inserir-se-ia, simplesmente, as autarquias no § 2.°. A segunda, de cunho

Extensiva: a equiparação se estende ao sujeito passivo do crime. Assim, no exemplo dado temos desacato e não simplesmente injúria".

(25) "Administração indireta. Compõe-se das autarquias, fundações públicas e entidades paraestatais, representadas estas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista" (Maximilianus Cláudio Américo Führer e Maximiliano Roberto Ernesto Führer, *Resumo de direito administrativo*, 1. ed., São Paulo : Malheiros, 1997, p. 26, n. 7 coligindo lições dos melhores administrativas).

(26) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 102.

hermenêutico, seria aplicar à espécie o recurso da *interpretação extensiva* (arriscando uma possível ofensa ao princípio da tipicidade estrita), o que é, teoricamente, lícito em Direito Penal.[27] Entender-se-á, nesse caso, que o legislador de 1980 (que, através da Lei 6.799, acrescentou o parágrafo sob estudo) pretendia dizer menos do que efetivamente disse: ao referir a administração direta, as fundações e os entes paraestatais, tencionara, igualmente, referir a figura congênere das *autarquias*.

Finalmente, cabe-nos ressaltar a extrema conveniência de se *uniformizar a terminologia* utilizada nos diversos tipos funcionais, evitando-se maiores discussões acerca da tipicidade estrita. Hoje, o art. 312 fala em "cargo", o 314 idem, os arts. 316 e 317 falam em "função" e o art. 321 fala em "qualidade de funcionário". Convém seja utilizada uma única expressão, significando que a conduta fora realizada *por intermédio* das prerrogativas públicas que se detém. Isso, porque os diversos termos hoje utilizados têm significados diversos, ao menos na órbita do Direito Administrativo; e o legislador de 1940, possivelmente, não pretendia se ater às minúcias terminológicas (seria impensável, por exemplo, imaginar-se que o agente público exercente de *função*, mas sem cargo, não pudesse cometer o delito de peculato...).[28]

2.2 Sobre os delitos funcionais em espécie

2.2.1 Do peculato

O peculato é definido, em sua forma básica, pelo art. 312 do CP. O *caput* desse artigo tipifica o peculato-apropriação ("Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo (...)") e o peculato-desvio ("(...) ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio."); o § 1.º refere o peculato-furto ("(...) se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio (...)") e o § 2.º

(27) "O Direito Penal admite a interpretação extensiva mesmo quando a exegese recaia sobre o texto de norma incriminadora.

"Admitindo que a hermenêutica penal se orienta pelos mesmos princípios que regem a interpretação das demais ciências jurídicas, não há razão para excluir-se a interpretação extensiva em qualquer zona ou domínio da ciência penal. Nem de outra maneira se poderia concluir, uma vez que *essa exegese apenas revela o verdadeiro alcance do mandamento legal*, sem na realidade ampliá-lo juridicamente.

"Rejeitar a interpretação extensiva dentro do Direito Penal seria escravizar este ao empírico sistema da exegese legal (...).

"Não há se confundir 'analogia' e 'interpretação extensiva': aquela é a forma de auto-integração da ordem legal para cobrir lacunas e omissões; esta, ao revés, traduz apenas a pesquisa sobre o alcance e significado da lei" (José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2, p. 172-173) (grifamos).

(28) Bom exemplo da aludida uniformização pode ser obtido na legislação penal italiana: todos os tipos funcionais do Código Penal Peninsular mencionam, expressamente e de forma homogênea, o *sujeito ativo* do delito ("Il publico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio").

refere o peculato culposo. Enfim, o art. 313 do CP tipifica o *peculato-estelionato* (peculato mediante erro de outrem: "Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem").

Acerca desse delito funcional, observa-se, preliminarmente, que o ordenamento pátrio não contempla, como crime, o *peculato de uso*. Consideramos incorreto semelhante critério político, eis que, embora o patrimônio da entidade não reste menoscabado em casos que tais, há séria violação da probidade administrativa. Ora, a doutrina observa, em uníssono, que os delitos do Título XI têm por objetividade jurídica precípua "o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública;[29] apenas secundariamente, outra objetividade jurídica será atingida (no caso do peculato, o patrimônio da Administração ou de terceiro). Dessarte, seria de grande conveniência a tipificação do peculato de uso. Na Itália, a conduta foi incriminada pela Lei 86, de 26.04.1990. Fora introduzido no Código Penal de 1969, da lavra de Nelson Hungria, com caráter "altamente moralizador" (Costa Jr.[30]), sob a seguinte dicção: "Usar, para fins alheios ao serviço, ou permitir que outrem, indevidamente, faça uso de veículos ou qualquer outra coisa infungível de não pequeno valor, que, pertencente à administração pública ou sob sua guarda, lhe tenha sido entregue em razão do cargo. Pena – detenção, até 1 ano, ou pagamento não excedente a 20 dias-multa". Redação similar foi adotada pelo art. 376.°, 1, do CP português: "O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão de suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias". A tipificação do peculato de uso seria útil, sobretudo, para o sancionamento comedido de condutas que aprioristicamente não configurariam o peculato clássico, quer pela ausência de prejuízo patrimonial, quer pelo princípio da insignificância penal (*v.g.*, a depreciação dos pneus do veículo oficial utilizado para fins particulares com combustível adquirido pelo próprio agente não seria bastante para configurar o *caput* do art. 312; porém, a conduta subsumir-se-ia adequadamente ao peculato de uso).

Também o peculato-malversação, existente no Direito europeu, não foi assimilado sob essa denominação pelo legislador pátrio. Corresponde à conduta de funcionário que detém a posse de bens ou valores em razão de seu cargo ou função *desviá-los* para outros fins, que não os precipuamente reservados aos mesmos, em proveito próprio ou de outrem (cf. arts. 315 – "malversazione a danno di privati", hoje ab-rogada pela Lei 86/90 – e 316 – "malversazione a danno dello Stato" – do CP italiano). Entendemos ser desnecessária sua tipificação entre nós. Caso o desvio se tenha dado em proveito próprio ou de terceiro particular, ocorrerá o peculato-desvio. De outra parte, se o desvio ocorrer em favor de obras ou serviços de interesse público (para os quais a verba não estava previamente destinada), dar-se-á o delito previsto no art. 315 (emprego irregular de verbas ou rendas públicas).

(29) Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. v. 9, p. 311.

(30) Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 46.

Outro problema de relevo atine à *posse* no delito de peculato-apropriação. O art. 168, que trata da apropriação indébita, congrega as expressões "posse ou detenção"; o art. 312, na modalidade peculato-apropriação, menciona apenas *posse*. Restou afastado o delito, em caso de detenção? Houve quem assim entendesse. Magalhães Noronha,[31] em casos de detenção, entendia configurar-se o peculato-apropriação, pois "conferindo [*a posse*] ao possuidor maiores poderes e se prestando ao crime, indicará que a *detenção* que é *menos*, com maior razão também será pressuposto". Dizia mais, reconhecendo a ausência de uniformidade técnica na lei: "nada prejudicial seria que, por coerência técnica, *aqui também se repetisse a expressão*" (posse ou detenção – grifamos). Comungamos da mesma opinião: mais correto seria mencionar, também aqui, *posse e detenção*, contendo-se os intermináveis debates entre os adeptos da tese civilística e da tese autonomista.[32] Ou então, acatando a sugestão de Costa Jr.,[33] abolir as expressões oriundas do Direito Civil e utilizar a locução "poder jurídico" (*poder jurídico sobre a coisa que se desenvolve no âmbito de uma competência que deriva do exercício do cargo público* – Pagliaro). Ou finalmente, nos moldes da legislação italiana: *posse ou disponibilidade* (Cf. art. 314: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo officio o servizio *il possesso* o comunque *la disponibilità* di denaro o di altra cosa mobile altrui (...)" – (grifamos).

O art. 312, § 2.°, utiliza um *nomen juris* equivocado: denomina de *peculato-culposo* a conduta do funcionário que concorre culposamente para o crime de outrem. Por "crime de outrem" entenda-se, conforme melhor doutrina, o peculato próprio (*caput*: peculato-desvio ou peculato-apropriação) e o peculato-furto (§ 1.°). A incorreção formal, na hipótese, reside no fato de que não existe um "peculato culposo", assim como é impensável "furto culposo" ou "apropriação indébita culposa". O dispositivo em apreço cuida de criminalizar a conduta culposa de quem *concorre* para a consumação de um peculato; um "peculato culposo" propriamente dito envolveria, ao revés, a apropriação ou o desvio de bens móveis sobre os quais tem posse o agente público, ou a sua subtração se não a tem, por *imprudência, imperícia ou negligência* (art. 18, II, do CP). O que, repise-se, é impensável. Daí ser preferível a denominação dada pelo An-

(31) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4, p. 264-265.

(32) "Na interpretação do requisito da 'posse' poderão apresentar-se duas possibilidades: ou o termo 'posse' será entendido em seu sentido técnico, deitando suas raízes no direito civil (tese civilística); ou será ele entendido de maneira diversa (tese autônoma). (...) a posse civilística do bem diz respeito, nos casos de peculato, não ao funcionário, mas à administração pública. Esta poderá propor as ações de manutenção somente no caso de turbação de posse (...) Necessário acolher, pois, a tese da autonomia. A noção de posse, consoante o art. 312 do CP, haverá de admitir que o ente público possa exercitar os poderes de gozo e de disposições dos bens somente por meio de pessoas físicas, às quais sejam conferidos ditos poderes. Segundo o art. 312, posse é um poder jurídico que implica um posicionamento do sujeito agente no sistema da produção jurídica, com atos viciados acerca da destinação da coisa móvel, desviando-a dos fins tutelados pelo direito (...)" (Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 56).

(33) Op. cit., p. 57.

teprojeto de Reforma da Parte Especial: *facilitação culposa*. A modificação, segundo Costa Jr.,[34] foi proposta em face da *vexata quaestio* sobre se seria possível um concurso culposo em fato doloso praticado por outros (ante a máxima da Teoria Geral do Crime de que não há concurso culposo em conduta dolosa de outrem e vice-versa). Para o livre-docente de Roma, a modificação não seria conveniente, pois não abarcaria hipóteses em que a conduta, mais do que facilitar, *tornasse possível* o fato ilícito de terceiros. Entretanto, alguma alteração, ao nosso sentir, seria de rigor; fale-se, então, em crime de *facilitação ou viabilização culposa*; não, porém, em um esdrúxulo "peculato culposo"...

Originalmente, o chamado Código Rocco (Código Penal italiano, de 1930) – que inspirou o Código Penal brasileiro de 1940 – estabelecia uma distinção entre *peculato* (contra bens públicos) e *malversação em prejuízo de particulares*; tal orientação foi porém alterada pela reforma penal italiana, que não estabeleceu mais distinções (Lei 86 de 26.04.1990, que ab-rogou o art. 315 do CP). Na sistemática italiana, outrossim, não há o peculato-furto e aboliram o peculato-desvio, com o fito de se evitar punição por desvios perpetrados no interesse público.[35] Tais abolições são desnecessárias e mesmo perniciosas na realidade brasileira. Em caso de desvios no interesse publico, o julgador terá à disposição a figura típica do art. 315 do CP; não precisará recorrer, por conseguinte, ao peculato-desvio.

Sobre o peculato-estelionato (peculato mediante erro de outrem – art. 313), salutar a observação de Manzini[36] em seu *Trattato*: a forma italiana "danaro o altra utilità" é defeituosa (adotamo-la aqui: "dinheiro ou qualquer utilidade"). Defeito de forma e de conceito, pois no conceito de utilidade se compreendem, inclusive, as vantagens de ordem meramente *moral*. Assim, o funcionário que, para fins particulares, se "apropria" dos serviços de outros servidores públicos, que ficaram à sua disposição face ao cargo que exerce e mediante erro perpetrado por terceira pessoa, cometeria *in tese* o peculato do art. 313; afinal, os serviços que recebeu, por lhe pouparem de gastos com mão-de-obra, seriam indubitavelmente uma "utilidade". Essa não foi, contudo, a intenção do legislador; tanto que

(34) Op. cit., p. 62.

(35) Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 66: "A reforma que se operou com a lei italiana n. 86, de 26 de abril de 1990, fez bem em unificar o crime de peculato com o de malversação em prejuízo de particulares. Isto por serem bastante tênues as diferenças, quer estruturas, quer em matéria penal, entre ambos os crimes. Quanto ao mais, as modificações operadas não merecem aprovação. (...) pretendendo evitar que a jurisprudência punisse como peculato também os fatos de desvio praticados no interesse público, entendeu-se oportuno suprimir a incriminação do peculato por desvio, sem levar em conta que tais fatos são aqueles criminalmente mais graves e criando, como conseqüência, sérias dúvidas sobre a extensão do peculato por apropriação, dado que, em matéria de apropriação indébita (art. 646 do CP italiano), o desvio é considerado como subspécie do fato da apropriação. Seria muito melhor especificar que os fatos de desvio capazes de integrar o peculato seriam somente aqueles praticados em proveito de particular (...)". Essa é, com efeito, a orientação do Código Penal pátrio.

(36) Vincenzo Manzini. *Tratatto de diritto penale italiano*. Turim : Unione Tipográfico, 1950. v. 5. p. 151.

empregou o núcleo "apropriar-se", mais adequado a coisas corpóreas como dinheiro ou outros bens móveis. Para sanar quaisquer dúvidas a respeito, melhor a redação adotada pelo Anteprojeto de Reforma da Parte Especial: "valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular" (art. 319).

2.2.2 Emprego irregular de verbas públicas

O delito fora tipificado no art. 315 do CP: "Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa". Como a aplicação no interesse particular (próprio ou de terceiro) configuraria o delito do *caput* do art. 312, conclui-se que a destinação das verbas ou rendas públicas, nesse caso, beneficiará obras e serviços de interesse público às quais não estavam originariamente afetas. A essa conclusão também conduz a observação das penas brandas que são cominadas. No dizer de Damásio de Jesus.[37] "O funcionário não pode dar preferência arbitrária a esta ou àquela obra pública, sob pena de causar perturbação à atividade administrativa. Por isso, visando ao normal desenvolvimento da máquina administrativa, o legislador houve por punir autores de condutas que, pelo desvio ou emprego irregular de recursos públicos, venham a desatender às exigências da atividade estatal".

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial previu somente a pena detentiva, *sem a possibilidade de multa alternativa*. Semelhante proposta demonstra a intenção de tornar inarredável a pena restritiva de liberdade *in casu*, exacerbando de certa forma a punição do delito. Uma tal orientação, porém, vem de encontro às tendências das principais legislações do planeta, que punem o fato apenas na órbita administrativa; evidência disso foi subministrada linhas acima, ao tratarmos da Lei italiana 86/90: praticamente aboliu-se a figura do peculato-desvio, com o objetivo de obstar sanções penais àquele que desvia verbas ou rendas públicas no *interesse público*.

Na legislação portuguesa (art. 376.°, 2), essa conduta é modalidade de peculato de uso: "Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afetado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias".

Dentro da concepção de *ultima ratio* que deve informar o Direito Penal, e considerando-se imperativos de ordem político-criminal, muitos sustentam a *abolitio* dessa figura criminal.

2.2.3 Concussão

Estatuída pelo art. 316 do CP brasileiro: "Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida". A pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa.

(37) Damásio E. de Jesus, op. cit., v. 4, p. 121.

O Código Penal Italiano (art. 317) contém redação similar, mas não idêntica: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, constringe o *induce* taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, é punito com la reclusione da quattro a dodici anni" (grifamos). Verifica-se que a redação italiana possui, além do núcleo "exigir" (constringere: constranger), o núcleo *induzir*. Na doutrina italiana, esse vocábulo gerou grandes discussões: "induzir" é forma mais branda de constrangimento, ou abarca o *engano*?

À luz do ordenamento brasileiro, o agente público que, valendo-se de sua qualidade funcional, *induzisse* (mediante ardil) um terceiro a propiciar vantagem para si ou para outrem não poderia ser condenado pela figura típica do art. 316. Na melhor das hipóteses, responderia por estelionato simples (art. 171, *caput*), cuja pena é mais branda que a da concussão, e sem qualquer majorante específica pelo abuso do cargo ou função. Dessarte, tomamos por valiosa a introdução dessa conduta dentre os delitos funcionais, quer através do núcleo "induzir", a ser integrado no art. 316, *caput* (sujeitando a doutrina pátria à mesma discussão que assolou a italiana, a não ser que se especifique: "induzir, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento"), quer acolhendo a figura da *concussão ambiental*, idealizada pelo *Progetto* italiano de 1992: "Reter ou receber indevidamente vantagem desfrutando da convicção alheia, determinada por situações ambientais, reais ou supostas, de não contar, de outro modo, com um tratamento imparcial". A conduta é realizada por funcionário, sem que haja constrangimento ao particular. Não se trata da chamada *concussão implícita*,[38] em que a ameaça é sugerida, ou incutida na mente do sujeito passivo de forma velada, disfarçada. Na concussão ambiental, o sujeito passivo não se sente propriamente "ameaçado" pelo agente público; sente, apenas, que sem a concessão da vantagem não será tratado de forma igualitária e imparcial. Noutras palavras, assimila, pelas situações ambientais *reais ou supostas* (suposição que pode, inclusive, ser induzida pelo sujeito ativo), o que seriam as "regras do jogo": não há uma ameaça ou um constrangimento – o interessado sente, apenas, que deve se sujeitar àquelas "regras" se quiser um tratamento imparcial. A diferença é tênue, mas existe.

O Código Penal italiano, outrossim, também menciona em sua *concussione* a expressão "altra utilità" (e não "vantagem", como fizemos), o que rendeu ensejo a que se visualizasse aí o favor sexual. Embora não tenhamos adotado a tradução "outra utilidade" (como no art. 313), a expressão "vantagem indevida" não nos eximiu dos mesmos debates ocorridos em terras peninsulares: "É entendimento prevalente na doutrina que a lei se restringe à vantagem econômica, excluindo-se, portanto, os proveitos puramente sentimentais, as satisfações de vaidade, as meramente estéticas, os prazeres sexuais etc. Referindo-se a lei, a qualquer vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de

(38) "A exigência pode ser: 1.ª) direta; 2.ª) indireta. Na primeira espécie de exigência, a direta, expressa (*a viso aperto* ou *facie ad faciem*), o sujeito a formula diante do sujeito passivo. Na segunda, o autor do fato se vale de interposta pessoa para chegar ao conhecimento da vítima a sua pretensão ou *formula a exigência de forma velada, capciosa ou maliciosa (forma implícita de execução)*" (Damásio de Jesus, op. cit., p. 126 – grifamos).

Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, *seja ou não de natureza patrimonial*, proporcionando um lucro ou proveito" (grifamos).[39] Para evitar similares dissensões, melhor seria que o legislador explicitasse: *vantagem indevida de qualquer natureza*, como entendemos ser a melhor interpretação (ou *vantagem indevida de ordem econômica*, em caso contrário).

2.2.4 Excesso de exação

Delito previsto no § 1.º do art. 316: "Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa". O preceito tem diversas passagens de difícil interpretação, como o "deveria saber" e o "meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza".

Com respeito à conduta incriminada, há duas tendências legislativas: a da não criminalização específica e a da criminalização autônoma (o Brasil adotou posição intermédia: criou uma figura típica específica, mas inseriu-a em um parágrafo do artigo destinado à concussão, como se fosse um *subtipo* desse delito).

O excesso de exação não é previsto como crime pelo Código Penal italiano; conforme o caso, a conduta consubstanciará *concussão* (art. 317) ou *abuso de ofício*[40] (art. 323 – delito genérico para toda conduta que importe em abuso de autoridade ou de poder; não restrita, portanto, à exigência de taxas, impostos e emolumentos); e a figura do art. 316, § 2.º do CP brasileiro (excesso de exação qualificado) no direito italiano configura modalidade de *peculato* (art. 316).

De fato, a tipificação de uma conduta nos moldes do *abuso d'ufficio* italiano parece-nos a melhor solução, eis que abarcaria outras condutas atualmente consideradas irrelevantes penais pela jurisprudência dominante, em face da redação do CP de 1940 para o excesso de exação (*verbi gratia*: "A legislação penal brasileira não prevê a cobrança excessiva de custas judiciais como fato penalmente punível. É fato atípico, sujeito, tão-somente quando previsto em legislação estadual, à sanção disciplinar" (*RT* 675/320). Andaria melhor o legislador, portanto, se abolisse o crime do excesso de exação e introduzisse a figura do "abuso de função", criminalizando a conduta do agente público que, a fim de obter para si ou para outrem vantagem não patrimonial ou para ocasionar dano injusto a terceiros, abusa de sua função pública. Ter-se-ia, outrossim, *abuso de função qualificado* se o abuso visasse a injusta vantagem patrimonial através de ingerências que não caracterizassem nenhuma outra figura penal (tipo subsidiário).[41]

(39) Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 1997. v. 3. p. 312-313.

(40) "*Abuso d'ufficio* – Il publico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, è punito, se il fatto non constituisce più grave reato, com la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni."

(41) Figura mais abrangente que o 'exercício arbitrário ou abuso de poder' do art. 350 do CP, que ademais fora revogado tacitamente pelos arts. 3.º e 4.º da Lei 4.898/65 (Abuso de Autoridade), cuja pena detentiva chega a ser risível.

O acerto dessa posição pode ser inferido a partir da própria sistemática penal italiana. Como se disse, o excesso de exação qualificado do art. 316, § 2.º ("Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos"), não tem figura equivalente no Código Penal italiano; tal conduta é punida, então, com fulcro no art. 316 ("peculato mediante profitto dell'errore altrui"), que corresponderia ao nosso art. 313. Com efeito, se analisarmos a conduta típica estatuída pelo art. 316, § 2.º, de nosso Código Penal, veremos que se adequa, satisfatoriamente, à previsão do art. 313: o funcionário público que desvia, em proveito próprio, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos, na verdade está se apropriando de dinheiro que, no exercício da função, recebeu *por erro de outrem* (afinal, o contribuinte não teria entregue o valor excedente se não houvesse incorrido em erro). Nesse diapasão, não se justifica que a pena cominada ao art. 313 esteja situada entre um e quatro anos de reclusão, e a do art. 316, § 2.º, entre *dois e doze anos*, se a última conduta está, em verdade, compreendida na descrição típica do art. 313, e em ambos os casos restam violadas a probidade administrativa e o patrimônio de terceiros. Daí porque – repise-se – pugnamos pela abolição dos §§ 1.º e 2.º do art. 316, introduzindo-se a figura genérica do *abuso de função* e deixando a conduta do atual § 2.º para subsunção ao peculato mediante erro de outrem (art. 313), cuja pena seria majorada.

Há, ademais, um sério equívoco na legislação, que deve ser corrigido tão logo quanto possível. O art. 20 da Lei 8.137/90 cominou ao autor do crime de excesso de exação simples (art. 316, § 1.º) a pena de três a oito anos, além de multa; o excesso de exação qualificado (art. 316, § 2.º), de sua parte, foi mantido com a redação antiga, que lhe cominava pena mínima de *dois* anos (*inferior* à pena mínima do excesso de exação simples...).

Ainda quanto àquelas duas tendências – a de não criminalização específica e de criminalização autônoma – verifica-se que o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal adotou a segunda tendência, quanto ao excesso de exação qualificado: tipificou a conduta com foros de autonomia, sob o *nomen iuris* de *desvio de indébito* ("Desviar, em proveito próprio ou alheio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos. Reclusão de 2 a 12 anos e multa"). Precipitou-se, portanto, em direção oposta àquela apontada por nós no parágrafo anterior.

2.2.5 Da corrupção passiva e ativa

Definida pelo art. 317 do CP brasileiro: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". Pena de reclusão de um a oito anos e multa.

Talvez a conduta que, dentre os delitos funcionais, suscite mais vigorosamente a preocupação do jurista pátrio, pelo caráter sintomático, ou quiçá crônico, que assumiu na realidade brasileira, seja a tipificada pelo art. 317. Nesse senso, a digressão de Nelson Hungria: "A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em um todos os setores: desde o contínuo, que não move um papel sem

a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépido, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniqüidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados a sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Ariadne. O *estado maior* da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições".[42] Todavia, a criminologia tem revelado que o juízo de censurabilidade popular acerca desse delito, bem como dos chamados "crimes do colarinho branco", é curiosamente arrefecido: há mais constrangimento em relação aos crimes violentos impunidos, do que em relação àqueles primeiramente mencionados. A confusão entre a esfera do público e do privado na órbita da Administração Pública (Bobbio), que gera a corrupção e o peculato, reflete-se no vulgo, que não sente a perda da coisa pública como algo que o afete verdadeiramente. São dados que devem ser considerados na elaboração legislativa.

A corrupção privilegiada é definida pelo art. 317, § 2.° ("Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa"). Veja-se que, nessa espécie, o motivo determinante da conduta não é a venalidade, a ganância, mas o pedido ou a influência de outrem; o agente público não aufere qualquer vantagem indevida. A tendência, nesse particular, é a descriminalização, desde que haja punição administrativa bastante. É o que fez o Anteprojeto de Parte Especial: aboliu a corrupção passiva privilegiada. Acatamos, aqui, o pensamento de Paulo José da Costa Jr.:[43] "Pode-se aceitar a idéia, desde que se imponha uma sanção administrativa para o funcionário que, após o pedido ou a influência de terceiros, realize um ato contrário aos próprios deveres funcionais".

A sistemática italiana acerca dos crimes de corrupção é excelente (até em função da tradição peninsular no combate à corrupção – a célebre "operazione mani pulite"). Tal sistemática, em nosso entendimento, é passível de adoção, com vantagens, pelo legislador brasileiro. O Código Penal italiano, na matéria em apreço, distingue nitidamente entre *corrupção imprópria* (por venalidade, o agente pratica ato conforme aos deveres do cargo ou função – "corruzione per un atto d'ufficio") e *própria* (por venalidade, comete ato contrário aos seus deveres funcionais – "corruzione per un atto contrario ai dovere d'ufficio"), estabelecendo pena bem mais rigorosa para a primeira espécie (arts. 319 e 318).[44] No Brasil, há apenas *causa de aumento de pena* em caso de corrupção própria (aumento de um terço – art. 317, § 1.°, do CP: "(...) o funcionário retarda ou deixa de praticar

(42) Apud Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 100.

(43) Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 125.

(44) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 135: "A corrupção pode ser: 1.ª) própria; e 2.ª) imprópria. No primeiro caso, é ilegal, irregular o ato que pretende que o funcionário realize (ou deixe de realizar). Dá-se o nome de corrupção passiva imprópria quando ilícito o ato funcional".

qualquer ato de oficio ou o pratica infringindo dever funcional"). No Anteprojeto de Parte Especial, a pena da corrupção própria é a mesma pena do *caput*, majorada de *até* um terço – abre-se, pois, espaço à discricionariedade judicial, em função da gravidade da conduta contrária aos deveres de oficio.

O Código Penal italiano, outrossim, estatuiu como crime autônomo a *instigação à corrupção* (art. 322);[45] no Brasil, tal conduta corresponde à *corrupção ativa* do art. 333, com a mesma pena da corrupção passiva imprópria (art. 317, *caput*), sem redução. Estatuiu, igualmente, a *corrupção atinente a atos judiciários* (art. 319-ter), como crime autônomo: "Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 [corrupção imprópria e própria, respectivamente] sono comessi per favorite o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da tre a otto anni". Consideramos conveniente a introdução de tipo similar no ordenamento nacional, de molde a tutelar, mais severamente, a dignidade do Poder Judiciário e das instâncias processuais.

Quanto à corrupção ativa, tipificada entre nós pelo art. 333, deve-se observar que algumas legislações consideram o crime de corrupção um delito *plurissubjetivo* (para haver um corruptor, deve existir um corrupto, e vice-versa), o que não nos parece correto. É perfeitamente possível a consumação de um desses delitos sem a menor adesão subjetiva da outra parte,[46] uma vez que são delitos *formais*; a adesão será, por isso, mero exaurimento. Nada obstante, em virtude dessa compreensão equivocada, tendem a elencar a corrupção ativa entre os delitos praticados por funcionários públicos. Fazem-no, outrossim, porque entendem que a distinção formal entre *intraneus* e *extraneus* não tem grande utilidade. É o caso do Código Penal italiano, do Código Penal português (art. 374) e do Código Penal alemão (art. 333 e 334 – compreensível, porque na realidade a seção 29.ª do StGB trata genericamente dos "delitos contra a administração pública"). Para nós, contudo, melhor posicionamento adotou o legislador de 1940, ao incluir a corrupção ativa entre os delitos praticados *por particular contra a Administração em geral* (Capítulo II do Título XI).

Vejamos, agora, duas curiosas figuras penais do sistema jurídico norte-americano que, com proveito, poderiam ser adaptadas para o ordenamento brasileiro. Trata-se de condutas relativamente encontradiças na realidade nacional, e que com dificuldades se subsumiriam ao tipo da corrupção (embora o vulgo assim as classifique, costumeiramente). Os arquétipos servir-nos-iam, pois, como sugestões para alterações substanciais do Código Penal de 1940.

A legislação federal norte-americana estabeleceu as aludidas figuras no Título 18.° do *Federal Criminal Code*; o título cuida, justamente, dos crimes federais e do respectivo procedimento. Entre eles, encontram-se os seguintes: a) *Nepotism in appointment of receiver or trustee (United States Code, Title 18, part I, § 1910)* –

(45) "Chiunque offre o promette denaro od altra utilità ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio che riveste la qualità di pubblico impiegato, per indurlo a compiere un atto del suo ufficio, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sai accettata, alla pena stabilita nel primo comma dell'articolo 318 [corrupção imprópria], ridotta di un terzo."

(46) Nesse sentido, Costa Jr. e Pagliaro, op. cit., p. 99-102.

quem, sendo juiz em alguma corte dos Estados Unidos da América, indica para cargo de depositário alguma pessoa em relação à qual há vínculo de consangüinidade ou afinidade até o quarto grau: multa de até $ 10,000 ou prisão de até cinco anos, ou ambos (*o delito é extensível a outros cargos de confiança similares); b) Lobbying with appropriated moneys* (§ 1913) – quem, sendo um oficial público ou empregado dos Estados Unidos da América ou de algum de seus departamentos ou agências, viole ou tente violar a proibição de que dinheiros públicos destacados sejam utilizados, sem autorização do Congresso, em pagamento de serviços pessoais, anúncios, telegramas, telefonemas, cartas, impressos ou escritos quaisquer destinados a influenciar membro do Congresso a votar ou se manifestar contra ou a favor de alguma legislação ou destinação de verbas: multa de até $ 500, ou prisão de até um ano, ou ambos, mais a perda da função ou emprego público (pune os *lobbies* financiados por dinheiros públicos ou com destinação pública). Ambas as figuras pertencem ao *chapter* 93 ("*public officers and employees*"), e referem-se a eventos que, insistimos, têm permeado nosso cotidiano com relativa assiduidade: o *nepotismo*[47] (comum em todas as instâncias públicas, e não apenas no tocante à escolha dos auxiliares do Juízo) e os *lobbies*[48] (particularmente atuantes em períodos de reformas, e que podem envolver, irregularmente, verbas e rendas públicas, quando referentes aos interesses de funcionários ligados a autarquias ou paraestatais, por exemplo).

2.2.6 Da prevaricação

Delito previsto no art. 319 do CP, consiste em o agente público retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena de detenção, de três meses a um ano, além da multa.

(47) Cf. *Jornal da Tarde,* de 29.12.1996 (Editorial): "Essa iniciativa acaba com o nepotismo despudoradamente praticado nos tribunais federais, especialmente nos Tribunais Regionais do Trabalho, no Tribunal Superior do Trabalho e no Superior Tribunal de Justiça. Há tempos, como é sabido, essas cortes foram convertidas por seus dirigentes em enormes cabides de emprego para esposas, concubinas, filhos, pais, sobrinhos, cunhados, noras, genros, primos e agregados de magistrados e ministros. Só na Paraíba, o ex-presidente do TRT (...) chegou a contratar 63 parentes para cargos de confiança. Além de não precisar prestar concurso e de receber salários vultosos, todos esses parentes empregados nesses tribunais têm ainda o direito de se aposentar com vencimentos integrais. E, em alguns casos, também gozam da prerrogativa de contar em dobro o tempo de serviço".

(48) Passagens do cenário político atual ilustram bem o poderio de um *lobby* e o "diálogo" que pode vir a manter com a Administração Pública (tangenciando a corrupção passiva e o desvio de verbas [peculato]): "Segundo Mercadante, o que poderia ser averiguado na época é 'se houve alguma pressão indevida sobre as prefeituras' em favor da CPEM. A empresa, conforme a denúncia, seria ligada ao advogado Roberto Teixeira, compadre de Luiz Inácio Lula da Silva e dono da casa onde este mora em São Bernardo. 'Agora, se esse *lobby* era tão poderoso, por que Campinas e São Paulo não contrataram a CPEM, por que a saída do Paulo de Tarso

A sistemática italiana adota, a esse respeito, duas incriminações distintas: uma para quem *abusa do ofício* (art. 323, já visto) e outra para quem *recusa ou se omite à prática de atos de ofício* (art. 328).[49] A divisão, *a priori*, é conveniente por mais didática. A segunda incriminação (art. 328) envolve a recusa indevida de atos urgentes (por razões de Justiça ou de segurança pública, de ordem pública ou por motivos sanitários ou de higiene) e o não cumprimento, dentro de trinta dias, de outros atos devidos; quanto a essa última hipótese, há a possibilidade de o funcionário eximir-se da pena, apresentando por escrito as razões do atraso, dentro de trinta dias da mora funcional. Consagrou-se, na verdade, um fator de estímulo às prevaricações, ante a facilidade de se esquivar da sanção penal respectiva. É superior, por conseguinte, a figura pátria do art. 319.

3. Incriminações no Direito Comparado – Sugestões para alterações substanciais no Título XI da Parte Especial do Código Penal

Registre-se, de início, que a sistemática do Código Penal português para os delitos contra a Administração (à qual, aliás, já se fez referência supra) é digna de nota e de eventual adoção. O Título V da Parte Especial trata dos *crimes contra o Estado*, abarcando os seguintes Capítulos: *dos crimes contra a segurança do Estado* (incluindo o art. 333.º: *Coacção contra órgãos constitucionais*[50] – "Quem por violência ou ameaça de violência impedir ou constranger o livre exercício das funções de órgão de soberania..."), envolvendo os crimes contra a *soberania nacional*, os crimes contra a *realização do Estado de direito* e os crimes *eleitorais*; *dos crimes contra a autoridade pública* (resistência, desobediência, motim, evasão, usurpação de funções etc.), *dos crimes contra a realização da Justiça* (falso testemunho, suborno [equivalente ao art. 343 do CP], prevaricação etc.), e *dos crimes cometidos no exercício de funções públicas* (corrupção passiva e ativa, peculato, concussão etc.). Consolida-se, num único diploma, toda a matéria

da prefeitura de São José não mudou a decisão de romper o contrato com a empresa?', questionou Mercadante" ("Líderes do PT admitem que partido errou", *Jornal da Tarde*, 20.06.1997).

(49) "*Rifiuto di atti d'ufficio.* Omissione. Il publico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo officio che, per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito com la reclusione de sei mese a due anni. "Fuore dei casi previsti dal primo comma il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi abbia interesse non compie l'atto del suo officio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito com la reclusione fino ad un anno o com la nulta fino a lire due milioni. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa."

(50) Releva enfatizar essa figura típica, uma vez que prevê explicitamente a possibilidade de que se atente contra a "liberdade" de órgãos públicos – não, obviamente, a liberdade ambulatória, mas a liberdade de exercício funcional. Os órgãos constitucionais lusos, portanto, podem ser sujeitos passivos de constrangimento, o que não tem correspondência na legislação brasileira.

concernente aos crimes contra a Administração; andou melhor o legislador português, sob esse prisma, que o legislador brasileiro, que distribuiu os delitos contra a Administração *lato sensu* por um extenso emaranhado legislativo.[51] Já o StGB reúne todos os tipos que vulneram a Administração Pública sob uma única rubrica: *Delitos contra a Administração Pública* (Seção 27.ª), sem discriminar subseções.

De outra parte, temos por censurável, na lei brasileira, o fato de que a *evasão* (art. 352 do CP) só configura ilícito penal *se* acompanhada de violência contra a pessoa; daí ser comum, sobretudo no meio policial, a afirmação de que o detento tem "direito" à fuga, o que não corresponde à realidade – tanto que a Lei de Execução Penal prevê sanção disciplinar em detrimento do preso que tenta se evadir ou efetivamente foge (art. 50 da Lei 7.210/84: "Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) II. fugir"; no mesmo sentido, art. 49, parágrafo único: "Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada"). Contudo, considerando-se que o detento pretende frustrar a aplicação da lei penal, elidindo o *ius puniendi* estatal e por extensão comprometendo a tranqüilidade pública, aponta-se a conveniência da tipificação da conduta como crime, nos moldes do art. 352.º do Código Penal português (entre os crimes contra a autoridade publica: "1. Quem, encontrando-se legalmente privado da liberdade, se evadir é punido com pena de prisão até 2 anos. 2. Se o agente espontaneamente se entregar às autoridades até a declaração da contumácia, a pena pode ser especialmente atenuada").

A doutrina nacional, outrossim, de há muito tem se debruçado sobre a possibilidade de funcionário público cometer delito de desobediência e de desacato, inclinando-se no sentido positivo. Mais especificamente, observam-se três correntes: a primeira delas repudia, em caráter absoluto, a configuração de desacato perpetrado por funcionário público (Cf. *RT* 103/1.196); a segunda delas admite que o funcionário público seja sujeito ativo do crime de desacato, desde que o ofendido seja seu superior hierárquico (*RT* 409/297); a terceira corrente, enfim, admite a possibilidade em qualquer situação, seja o funcionário superior, inferior ou da mesma categoria hierárquica do ofendido (*RT* 565/342). O segundo posicionamento nos parece o mais acertado, conquanto a jurisprudência dominante transite entre a segunda e a terceira corrente. Para sanar tais celeumas, convém persiga-se o exemplo do direito penal português, que tem tipo específico para a

(51) *Verbi gratia*: Dec.-lei 5.452/43 (CLT), em seu art. 49, V (sujeito passivo: INSS); arts. 4.º a 12 da Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado – ressalve-se que, ao nosso sentir, não são realmente "crimes"); art. 4.º, I e II, da Lei 1.579/52 (crimes cometidos contra o livre funcionamento e contra o caráter investigatório das Comissões Parlamentares de Inquérito); art. 20 da Lei 4.947/66 (invasão de terras da União, dos Estados e dos Municípios); art. 1.º do Dec.-lei 201/67 (crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores); art. 22 da Lei 5.478/68 (crime contra a Administração da Justiça: deixar o funcionário público ou o empregador de prestar informações pertinentes à instrução de processo ou execução de sentença de caráter alimentício); art. 50 da Lei 6.766/79 (crimes referentes ao parcelamento do solo urbano); art. 2.º a 23 da Lei 7.492/83 (crimes contra o sistema financeiro nacional); art. 3.º da Lei 8.137/90 (contra a ordem tributária); arts. 89 a 99 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações); etc.

desobediência de funcionário no trato da coisa pública: "O funcionário que, tendo recebido requisição legal de autoridade competente para prestar a devida cooperação à administração da justiça ou a qualquer serviço público, se recusar a prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias" (Recusa de Cooperação – Art. 381.º). Interessa-nos, pois, a introdução da figura típica em tela.

O art. 377.º do Código Penal português, ademais, tipifica o delito de *participação econômica em negócio*: "O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para outrem, participação econômica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão de sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar é punido com pena de prisão até cinco anos". A incriminação útil para os casos de administradores públicos que se locupletam por intermédio de licitações fraudulentas e contratos administrativos viciados; há de se atentar, porém, para os tipos penais que a Lei 8.666 já introduziu com o fito de coibir a criminalidade em meio às licitações e contratos públicos.

O Código Penal alemão, em seu art. 344, apresenta o crime de *persecução de sujeito inimputável* (art. 344 do CP alemão): "Aquele que, como oficial público chamado a colaborar em processo penal, à exceção dos processos por infrações sancionadas com penas não privativas de liberdade, persegue penalmente um sujeito inimputável ou que segundo a lei não possa ser perseguido penalmente, ou age com tal escopo, é punido com pena detentiva de um a dez anos". A figura penal também é interessante, na medida que repele a *persecutio criminis* descabida ou despicienda, perpetrada dolosamente. Sem correspectivo no ordenamento nacional.

4. Perspectivas legislativas no Brasil

A par de todas as críticas expendidas e das sugestões declinadas, e a despeito dos posicionamentos *supra* adotados, esse empreendimento não estaria completo se olvidasse a análise, ainda que perfunctória, dos diversos projetos de lei que, introduzindo alterações referentes aos delitos contra a Administração, tramitam pelo Congresso Nacional. Avaliaremos, por óbvio, apenas os principais (além dos que já foram referidos no curso da exposição).

O Projeto de Lei 3.106/92 (Senador Marco Maciel) visa a suprimir a prescrição de algumas ações penais, acrescentando um parágrafo ao art. 10 do CP (torna *imprescrítivel* a ação penal pelo crime de extorsão mediante seqüestro, crimes de *corrupção e contra a Administração Pública*). Apesar dos bons intentos, compreendemos ser de duvidosa constitucionalidade uma semelhante modificação: a *Lex Legum* contempla apenas duas hipóteses de imprescritibilidade, a saber, nos *crimes de racismo* e nos *crimes cometidos por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático* (art. 5.º, XLII e XLIV). Por esse motivo, o legislador infraconstitucional não poderia, a seu bel-prazer, estatuir a imprescritibilidade de outros crimes, à margem dos lindes constitucionais. Por outro lado, o argumento contrário labora a idéia de que a Constituição não veda expressamente que outros delitos sejam declarados imprescritíveis por lei ordinária (assim como há outros delitos *inafiançáveis*, previstos nos arts. 323 e 324 do CPP ou na Lei 5.197/67, em seu art. 34, que não aqueles assim considerados pela

CF – incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5.º). Consideramos correta a primeira interpretação: a própria evolução legislativa demonstra que, à diferença da afiançabilidade (usualmente tratada em diplomas infraconstitucionais), a imprescritibilidade de crimes guardou, as mais das vezes, *status* constitucional, por comprometer – muito mais que a concessão ou não de fiança – a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Sobre o Projeto de Lei 3.041/97, do Dep. Augusto Nardes, já tivemos oportunidade de discorrer. Modificar-se-ia o art. 327 do CP, introduzindo a expressão "agente público". O Projeto alteraria, ainda, o § 2.º do art. 327, equiparando a agente público, além dos exercentes de cargo ou função em paraestatais, também as *fundações e sociedades instituídas ou mantidas total ou parcialmente pelo Poder Público em qualquer Poder e nível de governo*, bem como *toda pessoa que esteja obrigada a prestar contas por utilizar, arrecadar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos*. Desnecessário, portanto, que em uma sociedade hipotética o Poder Público viesse a deter todo o seu capital social (empresas públicas) ou a maioria deste (sociedades de economia mista): sendo a sociedade mantida, ainda que parcialmente, pelo Poder Público, seus funcionários seriam agentes públicos. Semelhante elastério abarcaria mesmo os funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil, desde que se a considerasse *autarquia* obrigada a prestar contas de suas finanças. A definição, ademais, estaria bem mais próxima daquela adotada pelo art. 84, § 1.º, da Lei 8.666/93 (o art. 84 conceitua servidor público e figuras equiparadas [§ 1.º] para os fins exclusivos da Lei de Licitações). O § 3.º, por fim, continuaria mantendo à margem as autarquias (disfunção já apontada), conquanto estabeleceria mais uma causa de aumento de pena: "Será acrescida da metade a dois terços se for *agente político*". Conveniente.

Na Exposição de Motivos, Augusto Nardes assevera: "O Código Penal precisa ser atualizado em relação à expressão funcionário público que deixou de ser utilizada. A Constituição refere-se a servidor público civil. Leis posteriores, como a que trata da improbidade administrativa, menciona o agente público, com significado bem abrangente e a Lei do Regime Único dos Servidores Públicos adota a termo constitucional. A proposição visa alcançar maior número de pessoas para a segurança na manipulação dos valores e bens da União, Estados e Municípios, incluindo, assim, os ocupantes de cargo, emprego ou função pública, não só de caráter administrativo, mas político, delegado ou honorário. Amplia a área de abrangência atinente a pessoas que devem prestar contas por utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, esclarece o campo de aplicação em relação às empresas e sociedades cujos servidores são equiparados a agentes públicos para efeitos penais. *Essa previsão legal, antes omitida, vem pôr termo a discussões doutrinárias a respeito da matéria* (...)".

Polêmica, por sua vez, é a *Proposta de Emenda à Constituição* 373/96, do Dep. Feu Rosa e outros: por essa emenda, o inciso LXXIX do art. 5.º da Carta Magna é criado com a seguinte dicção: "*Qualquer cidadão* será parte legítima para propor ação penal popular subsidiária, quando o procedimento investigatório relativo a *crimes contra a administração pública* for arquivado a requerimento do Ministério Público". Acerca dessa PEC., digressões mais elaboradas são imprescindíveis.

Atualmente, contempla-se em doutrina três hipóteses de *ação penal popular*: uma ligada aos chamados crimes de responsabilidade na esfera federal, em que

qualquer do povo pode "denunciar" (= representar[52]) a prática do ilícito aos órgãos competentes para julgamento (caso Collor de Melo), e que suscita ampla discussão, ante o entendimento (acertado, em nossa opinião) de que são *infrações político-administratativa*, e não crimes;[53] de outra parte, há a ação de *habeas corpus* (art. 5.º, LXVIII, da CF), essa sim legítima ação penal popular, embora vise à tutela do *ius libertatis*, e não do *ius puniendi*; em terceiro lugar, alguns apontam a ação penal falimentar, em que o síndico ou *qualquer credor* poderão oferecer queixa caso o Ministério Público, dentro de cinco dias da vista concedida conforme o art. 108 do Dec.-lei 7.661/45, não ofereça denúncia (Cf. art. 108, par. ún., do Dec.-lei 7.661). Nesse último caso, entendemos não haver "ação penal popular", mas simples ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX, da CF) exercitada pelos *sujeitos passivos* do crime falimentar: os credores. De qualquer modo, a PEC 373 traria uma nova e autêntica hipótese: qualquer um do povo – e não apenas o sujeito passivo, a saber, a Administração Pública – poderia intentar a ação penal em caso de crimes contra a Administração. Restaria instituída, no ordenamento pátrio, uma modalidade de *ação popular persecutória* (o que, entendemos, hoje inexiste).

Um segundo aspecto desse projeto merece atenção, por vulnerar orientação pacífica da jurisprudência no sentido de que, em caso de arquivamento do inquérito policial ou das peças instrutórias por iniciativa do Ministério Público, *descabe ação privada subsidiária*. Com efeito, não se trataria de *inércia* do órgão ministerial ("Se esta não for intentada no prazo legal"), mas de juízo negativo acerca da necessidade da *persecutio criminis in judicio*. Entretanto, a vingar o projeto em estudo, no caso específico dos crimes contra a Administração Pública (Capítulos I, II e III do Título XI da Parte Especial), *ainda que haja arquivamento a requerimento do Ministério Público, poderá qualquer cidadão propor a ação penal respectiva*. Feu Rosa procura justificar a inovação na Exposição de Motivos: "De fato, no que tange à proteção de interesses difusos, urge que se tutele de forma mais eficiente a proteção ao patrimônio público. Trata-se de medida inspirada no penalista Basileu Garcia, que em nada significa menosprezo ao Ministério Público, mas sim ampliação da possibilidade de todo cidadão defender o bem comum".

(52) Art. 14 da Lei 1.079/50: "É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados".

(53) Com essa orientação, Damásio E. de Jesus, *Direito penal*, 15. ed., São Paulo : Saraiva, 1991, p. 195: "A expressão 'crime de responsabilidade', na legislação brasileira, apresenta um sentido ambíguo, uma vez que se refere a crimes e a infrações político-administrativas não sancionadas como penas de natureza criminal. (...) Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, *e o impróprio, que corresponde à infração político-administrativa*. Entre nós, são crimes de responsabilidade impróprios *os definidos na Lei 1.079*, de 10.04.1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários) e na Lei 7.106, de 28.06.1983 (crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal e dos Governadores dos Territórios Federais e seus Secretários). Os crimes de responsabilidade próprio (ou em sentido estrito) estão descrito: a) no CP; e b) na legislação especial (extravagantes)" (grifamos).

A despeito do excesso de poderes que, entendemos, fora cometido ao *Parquet* pelo constituinte de 1988, a emenda em apreço poderia eriçar questionamentos acerca de sua *constitucionalidade*, a teor do art. 129, I, da CF: "São funções institucionais do Ministério Público promover, *privativamente*, a ação pública, na forma de lei". O Ministério Público representa *função essencial à Justiça*, dizendo respeito, diretamente, aos *direitos e garantias individuais* (tanto que a previsão da ação penal privada, que excetua o preceito transcrito, foi lançada pelo constituinte originário no rol dos direitos individuais do art. 5.°) – aspecto pétreo da *Lex Legum*, que não pode ser vilipendiado nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4.°, IV, da CF). A se entender, porém, que as funções institucionais do art. 129 não se socorrem na imutabilidade conferida pelo art. 60, § 4.°, admitir-se-á que a PEC teria guarida no ordenamento vigente.

A hipótese de "ação popular subsidiária", na verdade, não pode ser equiparada ao preceito constitucional permissivo do art. 5.°, LIX (ação penal de iniciativa privada), porque nesse caso houve *inércia* do órgão ministerial. Naquele, o Ministério Público entendeu ser *incabível* a ação penal; ora, se nem mesmo o Juiz pode opor-se a esse entendimento, reservando-se-lhe o procedimento do art. 28 do CPP, seria um contra-senso admitir que o cidadão pudesse fazê-lo.

O processo penal que instrui o julgamento dos delitos contra a Administração sofrerá também transmudações, em sendo sancionado o *Projeto de Lei 1.708/96*, do Deputado João Pizzolatti: "Dá nova redação ao *caput* do art. 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que 'dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências". Pela nova redação, "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, *excetuados os casos dos crimes praticados contra a administração pública* e mediante violência contra a pessoa, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos (...)". O projeto, dessarte, exclui da possibilidade de *sursis* processual os autores de crimes contra a administração pública e perpetrados com violência contra a pessoa. Note-se que diversos crimes contra a Administração (*e.g.*, a resistência, o desacato, a desobediência, a violação de sigilo funcional, a advocacia administrativa, a corrupção passiva etc.), por serem crimes de *médio potencial ofensivo* (pena mínima cominada igual ou inferior a um ano), admitiram *a priori* a suspensão condicional do processo. O proponente esclarece, na Exposição de Motivos, que uma "violência" foi praticada pelo legislador com a Lei 9.099, permitindo a suspensão condicional do processo, indiscriminadamente, em todos os crimes de médio potencial ofensivo; tal estado de coisas acabaria por gerar grandes comoções sociais em caso de crimes como o *homicídio culposo, o estelionato, o furto simples, o aborto consentido, a lesão corporal grave, a apropriação indébita, a corrupção ativa e passiva e o contrabando*. Ilustra a idéia com a imagem de um corrupto inveterado que não venha a sofrer sequer o processo criminal, ou com a reação de um pai que teve seu filho morto por um motorista embriagado, ao ficar sabendo que o criminoso não sofrerá nem mesmo o ônus de um processo penal.

Os argumentos são incisivos, mas um tanto falaciosos e emocionais. Para os casos de furto, estelionato, apropriação indébita etc., a nova redação nem mesmo introduziria qualquer modificação, já que não são crimes contra a administração

nem tampouco cometidos com violência contra a pessoa. O estado de embriaguez não induz, outrossim, à caracterização necessária de crime culposo; pode-se reconhecer dolo eventual, e então não incidiria o art. 89 da Lei 9.099. Apenas a embriaguez culposa, em princípio, demandaria sem maiores dúvidas o tipo do homicídio culposo (art. 28, II, do CP). Finalmente, há de se observar que o Juiz poderá negar a suspensão condicional do processo se não estiverem presentes as chamadas *circunstâncias judiciais* do art. 77, II, do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do delito – esses elementos poderiam obviar a questão, quanto ao corrupto inveterado), em face da expressa remissão do art. 89, *in fine*. Por tudo isso, repudiamos o aludido Projeto de Lei.

O *Projeto de Lei 1.668/96*, oriundo do Poder Executivo, é o mais extenso e complexo de todos. Pretende *alterar o Título XI do Código Penal, que trata dos crimes contra a Administração Pública*. As principais alterações que ocasionaria são comentadas a seguir.

Precipuamente, o *excesso de exação* (316, § 1.º) passaria a ter pena cominada de *dois a oito anos de reclusão e multa* (atualmente: 3 a 8 anos e multa). Corrigir-se-ia, na oportunidade, o fato de a pena mínima do excesso de exação ser maior que a cominada em crimes potencialmente mais graves, como o peculato e a concussão; mais que isso, sanar-se-ia o equívoco da Lei 8.137, que tornou a pena mínima do excesso de exação simples *maior* que a do excesso de exação qualificado (art. 316, § 2.º).

Com respeito à *facilitação de contrabando e descaminho* (art. 318), o Projeto introduz causa de aumento de pena (§ 1.º) em se tratando de tráfico de armas, procurando coibir uma das facetas mais sólidas do crime organizado no país: "A pena será aumentada de um terço se o crime tem por objeto a introdução, no território nacional, de armas ou munições".

O crime de *advocacia administrativa* (art. 321) sofre alteração em seu *nomen juris*, que passa a ser "patrocínio indevido". A nova denominação, realmente, nos parece mais adequada; segundo o expositor, essa denominação "ajusta-se melhor ao conteúdo do tipo".

O Projeto *mantém* o art. 322 do CP (violência arbitrária), com o objetivo declarado de *ratificar sua vigência*, refutando o entendimento de que teria sido revogado pela Lei 4.898, art. 3.º, *i*, (Abuso de Autoridade[54]). No sentido da revogação, manifestavam-se os tribunais estaduais: TACrimSP – rel. Lauro Malheiros – *RT* 436/410 ("Trata-se de lei que regulou inteiramente a punição dos crimes de abuso de poder, classe a que pertencia o denominado delito de violência arbitrária"); TACrimSP – 2.ª Câm. – ApCrim 6.404 – rel. Paula Bueno – j. 26.09.1968 – *RT* 398/298). No sentido da vigência, contudo, manifestou-se o Excelso Pretório (embora não unanimemente):

(54) Art. 322 do CP: "Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência".

Art. 3.º, *i*, da Lei 4.898/65: "Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...) à incolumidade física do indivíduo". Pena: multa, detenção por 10 dias a seis meses, e/ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três meses (art. 6.º, §§ 3.º e 4.º).

"Violência arbitrária. Pretendida revogação do art. 322 do CP pela Lei 4.898/65. Inocorrência. Decisão que admite *em conflito com as proferidas pelo STF e devidamente apontadas*. Recurso extraordinário conhecido e provido (...) *O crime de violência arbitrária, previsto no art. 322 do CP, não foi revogado pela Lei 4.898/65*" (STF – RE – rel. Oswaldo Trigueiro – *RT* 449/504 – grifamos).

Na Exposição de Motivos, o então Ministro da Justiça Nelson Jobim asseverava que a Lei 4.898 cuidara das modalidades de *abuso de poder*, praticados no exercício da função, anteriormente contemplado pelo art. 350 do CP.[55] Por isso, não teria absorvido nem esgotado as hipóteses possíveis de *violência arbitrária*, nas quais o funcionário age não com mero abuso ou excesso de poder, mas com *evidente exorbitância, extrapolando a função, sem apoio na lei*.[56] As figuras discrepariam, pelo que se dessume dessas inferências, ante a diversa intensidade com que atingem o bem jurídico tutelado. A título de ilustração, citaríamos o caso do oficial de justiça que citou equivocadamente um cidadão, e ante os protestos do mesmo, no edifício do Fórum, veio a agredi-lo (1.ª Câm. Crim. do TJMG). Houve, *in casu*, mais que abuso de poder; houve exorbitância, sem apoio na lei, embora a pretexto de cumprir função pública. Agrada-nos a ratificação da vigência do preceito, pois aplicar a casos que tais as penas brandas do abuso de autoridade seria estimular a violência no exercício da atividade pública.

Introduz-se ainda, no art. 322, o § 1.º ("A pena aplica-se independentemente de sanções civis e administrativas") e o § 2.º (possibilidade de perda do cargo, emprego ou função, qualquer que seja a pena privativa de liberdade aplicada, considerando-se a gravidade do fato ou a reiteração do agente). O segundo parágrafo estabelece, de maneira contundente, um efeito da sentença condenatória, suplantando a incerteza do art. 6.º, § 3.º, *c*, da Lei 4.898 (de aplicação largamente facultativa) e o limite generoso do art. 92 da Parte Geral do Código Penal (pena restritiva de liberdade aplicada em *quantum* maior ou igual a um ano, tratando-se de crimes funcionais). Já o primeiro parágrafo contém previsão despicienda, ante a independência natural das órbitas administrativa, civil e penal. Faria sentido, talvez, junto à figura da desobediência (art. 330), que para parte da jurisprudência

(55) Art. 350: "Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano".

(56) Cf. Damásio de Jesus, op. cit., v. 4, p. 156: "O legislador, atendendo às críticas e sugestões, simplesmente ordenou a matéria na lei nova, empregando termos minuciosos e permitindo ao julgador maior elasticidade na aplicação da sanção penal e maior eqüidade na fixação da resposta penal, em face da maior ou menor gravidade dos fatos. Além disso, havia dúvida a respeito de a descrição do art. 322 abranger somente a violência física ou também a moral. Assim, a lei nova surgiu para dirimir tais dúvidas, revogando o art. 322. Essa posição é pacífica no TACrimSP, correspondendo à nossa orientação". Já a Suprema Corte entendeu que "esse crime [art. 322], punido além da sanção correspondente à violência (lesão corporal ou homicídio), com detenção de seis meses a três anos, não foi absorvido pelo de abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898, cuja sanção detentiva é de dez dias a seis meses".

não subsiste caso a lei comine à conduta penalidade civil ou administrativa, sem ressalvar a aplicação cumulada do art. 330.[57]

Incorpora-se modificação formal ao delito de *violação de sigilo funcional* (art. 325); introduzem-se as expressões "fato ou circunstância" (e não mais apenas "fato") e "em razão do cargo ou da função" (e não mais, apenas, "em razão do cargo"), e majora-se a pena (1 a 4 anos de reclusão; hoje: 6 meses a dois anos). A menção a fatos *ou circunstâncias* deve-se a um entendimento minoritário de que, para a configuração do delito do art. 325, deveria o agente revelar *integralmente* determinado fato sob sigilo (revelá-lo parcialmente não corresponderia à conduta de "revelar fato"). As "circunstâncias" seriam, pois, aspectos parciais de "fatos" não revelados completamente.

O Projeto também introduz figuras equiparadas à violação de sigilo funcional (§ 1.º), sob o título de "informação privilegiada": "Incorre nas mesmas penas quem: I – revela ou facilita que se revele conteúdo de medida administrativa, política ou econômica, de atribuição da Presidência da República, de Ministério ou do Banco Central do Brasil, que deva permanecer em sigilo até sua divulgação oficial (...); II – embora não sendo funcionário público, faz uso da revelação de que trata o inciso anterior com o fim de obter vantagem econômica". A esse último caso adequar-se-iam, provavelmente, certas condutas de especuladores da bolsa de valores (que incorreriam na descrição típica do inciso II) ao obterem informações privilegiadas junto a agentes públicos (que, por sua vez, incorreriam na descrição típica do inciso I).

Estatuir-se-ia, outrossim, uma nova figura penal, denominada de *improbidade*, no art. 326 do CP, hoje prejudicado pela Lei 8.666/93 (previa, originalmente, o crime de violação de sigilo de proposta de correspondência). O tipo é assim definido: "Praticar o funcionário público ato de improbidade, considerando-se como tal, para os efeitos penais: I – Utilizar atos, programas, obras, serviços ou campanhas, custeados pelos cofres públicos, para promoção pessoal ou de terceiros; II – utilizar, autorizar ou permitir a utilização de bens ou equipamentos, de propriedade de repartição pública ou sob sua guarda, em desacordo com a lei ou regulamento, com dano para a Administração Pública".

De se consignar, inicialmente, que os atos de improbidade já estão disciplinados pela Lei 8.429/92, que embora congregue uma série de "tipos" de improbidade, não lhes imprimiu feições penais. São, com efeito, infrações de caráter administrativo. Na abordagem de Pazzaglini Filho *et alii*,[58] "improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta

(57) "Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se dita lei ressalvar, expressamente, a cumulativa aplicação do art. 330 do CP" (TACrimSP, Recurso em sentido estrito, rel. Lauro Malheiros, *RT* 409/317). Em igual sentido: *RT* 372/190, 374/214 e 572/335, entre outras.

(58) Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior. *Improbidade administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997. p. 37-38.

os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos". A Lei Federal em questão discrimina as figuras de improbidade em três espécies: as que ocasionam a *obtenção de vantagem patrimonial indevida* em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades do art. 1.º [59] (art. 9.º); as que causam *lesão ao erário*, por ensejar perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres das entidades do art. 1.º (art. 10); e as que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11). Para todos os casos, o espectro de penas compreende o ressarcimento integral do dano, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12). O art. 37, § 4.º, da CF previra, para a hipótese, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade de bens (na realidade, uma medida cautelar, e não uma "pena"), a perda da função pública e o ressarcimento ao erário, *sem prejuízo da ação penal cabível*. O diploma em apreço contém, ademais, uma única figura propriamente penal, criminalizando a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente (art. 19).

O Projeto pretende, nesse diapasão, tornar algumas figuras de improbidade *crimes* (punidos com detenção de seis meses a dois anos e multa, se o fato não constitui delito mais grave); na verdade, originalmente essa era a intenção do projeto que se tornou a Lei 8.429.[60] A descrição típica do inciso I, que restaria inserto no art. 326 do CP, mostra-se *temerária*. Quando, exatamente, estará o administrador se utilizando das "obras" que empreende para sua promoção pessoal? De uma certa maneira, toda obra realizada em um governo é depois mencionada pelo administrador, com vistas à sua própria eleição ou à de seu candidato à sucessão, justamente para promover sua imagem de homem público... Por conseguinte, a figura apresenta-se por demais ampla, demandando o acréscimo de elementos do tipo que a reduzam a parâmetros aceitáveis, sem comprometer a segurança jurídica. Uma leitura seca, com efeito, levaria à identificação do delito em praticamente toda campanha política, nas quais, invariavelmente, faz-se menção aos atos, programas, obras, serviços ou campanhas custeados pelo erário e empreendidos naquela gestão, para promoção de um nome e/ou de uma imagem, seja própria ou de terceiro.

(59) Art. 1.º: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei".

(60) "Em sua versão original, continha, paralelamente à disciplina civil, a regulamentação da ação penal, depois suprimida, em evidente demonstração de que o legislador não intentou confeccionar uma normação penal das condutas de improbidade administrativa" (Pazzaglini *et alii*, op. cit., p. 35).

O inc. II também apresenta redação infeliz. Pune, a bem dizer, o peculato de uso (núcleo *utilizar*); e, nesse caso, tal deveria ser o *nomen juris*. Contudo, o delito se configura apenas em caso de *dano* para a Administração. Ora, a ocorrência do dano poderia perfeitamente viabilizar o enquadramento da conduta no peculato-apropriação, desde que presente pelo menos o dolo eventual: "Diante de nossa lei, não existe o crime de peculato de uso (...) a coisa usada deve ser restituída nas mesmas condições em que se encontrava antes, não acontecendo isso, *v.g.*, com o uso de automóvel, cuja gasolina e cujo óleo foram consumidos, não o provendo antes de entregá-lo, o agente (...) haverá apropriação indébita delas."[61] Outrossim, para criminalizar o peculato de uso, melhor seria utilizar a redação do Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal (já transcrito *supra*), ou então a proveniente do Código Penal italiano (art. 314, segunda parte): "Aplica-se a pena de reclusão de seis meses a três anos quando o agente agiu com o único escopo de fazer uso momentâneo da coisa, e essa, depois do uso momentâneo, é restituída de imediato".

Quanto aos núcleos *autorizar* e *permitir* – cuja diferença é de difícil aferição – a conduta poderia caracterizar, conforme as circunstâncias, *prevaricação* (praticar ato de ofício – a permissão ou a autorização – contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse pessoal: art. 319), *condescendência criminosa* (deixar de responsabilizar subordinado que cometeu o peculato-apropriação no exercício do cargo, ou não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: art. 320, aplicável se a "autorização" ou "permissão" for posterior à própria utilização) ou *participação por omissão no delito de peculato* (art. 312 c/c art. 13, § 2.°, *a*, e art. 29, *caput*, do CP).[62] Desnecessários, portanto, os tipos penais em apreço da conduta.

As figuras de improbidade teriam penas relativamente brandas, compreendidas entre seis meses e dois anos de detenção, além de multa (*se* o fato não constitui crime mais grave – trata-se de delito expressamente *subsidiário*). Maior intimidação causam as sanções da própria Lei 8.429/92 (sem natureza penal), que entre outras medidas prevê a perda dos direitos políticos e a indisponibilidade de bens.

O delito do art. 344 do CP (*coação no curso do processo* – pena de um a quatro anos de reclusão e multa, além da pena correspondente à violência) seria complementado pelo Projeto, introduzindo-se-lhe duas novas figuras típicas (em um curioso "§ 1.°", visto que não há previsão de um § 2.°...): "Incorre nas mesmas penas quem: Coação indireta – promove campanha por meio da imprensa, rádio, televisão ou qualquer outro meio de comunicação, com o propósito de constranger testemunha ou perito, ou influir na atuação de juiz, jurado, membro do Ministério Público ou advogado, em processo judicial, inquérito policial ou administrativo; Violência contra o direito de defesa – II – pratica ou permite que se pratique violência física ou grave ameaça contra alguém, com o fim de obter confissão ou qualquer declaração para produzir prova em inquérito policial, administrativo ou processo judicial, se o fato não constitui crime mais grave".

(61) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4, p. 269.

(62) "Coopera-se por omissão com a mesma exigência devida nos delitos omissivos impróprios: é necessário que o comportamento negativo constitua infração de dever jurídico. Se o omitente possui o dever jurídico de impedir o evento, violando a obrigação, concorre para sua produção, tornando-se partícipe" (Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 1, p. 378).

A primeira figura é temerária, no que pertine ao núcleo "influir" que demandaria maior precisão. Recentes episódios do cotidiano brasileiro apontam para referida temeridade. Por ocasião do julgamento de conhecido líder do Movimento dos Sem-Terra, os integrantes da organização mobilizaram-se em intensa campanha (que incluía camisetas, manifestações públicas e declarações sucessivas à imprensa) pela absolvição do réu, sob o argumento de que o processo penal instaurado teria desideratos políticos. O Partido dos Trabalhadores, cooptado para a campanha, chegou a veicular uma página na Internet concitando seus correligionários à participação.[63] Obviamente, tencionavam com essa campanha influenciar a decisão dos jurados, compelindo-os a um decreto absolutório. A conduta, indubitavelmente, guardaria adequação típica com a figura da *coação indireta*; no entanto, compreendemos que similares manifestações, desde que impessoais e voltadas à informação do público em geral, não podem ser coibidas nem reprimidas com sanções penais, sob pena de ofensa veemente ao art. 5.°, IV, da CF ("é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"). Por tais motivos, seria de rigor a inclusão de elementos do tipo a *qualificar* a ação nuclear "influir", de molde a elidir tão-somente a influência *nefanda e maliciosa*, essa sim merecedora de efetiva peleja. Tal o seria, por exemplo, se as manifestações em tela fossem destinadas, especificamente, às pessoas dos jurados designados, molestando-os, perseguindo-os ou constrangendo-os.

Ainda sobre o inciso I, esclarece o expositor: "O tipo, obviamente, não atinge a atividade da imprensa falada e escrita, que continua livre para transmitir informações ou fazer apreciações críticas". Tencionou, dessarte, salvaguardar a garantia constitucional do art. 5.°, IX (liberdade de comunicação).

O inciso II, ao descrever o crime de *violência contra o direito de defesa*, é oportuno e mereceria, *a priori*, lograr vigência; prestar-se-ia, se por mais não fosse, a combater um pernicioso aspecto de nossa cultura policial (obtenção de confissões e declarações por intermédio de violência física ou moral). A grave ameaça deve ser, obviamente, *injusta* ("ameaçar" a testemunha de que, se não disser a verdade, responderá por falso testemunho, é um dever do Juiz, e não uma "violência"). Nada obstante, o dispositivo revogaria tacitamente o art. 1.°, I, *a*,

(63) "Se no dia 17 perdermos o pedido de transferência [o julgamento seria realizado na comarca de Pedro Canário], os advogados devem entrar com novo pedido, agora no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, pois como o relator era a favor, permite exigir julgamento em instância superior. Diante disto, *é importante transferir em princípio, as manifestações para o dia 29 de setembro*. Porém será fundamental que *todos intensifiquem as manifestações e a campanha pela absolvição de Rainha, proposta pelo PT*. Para o dia 17, quando será decidido pelo desaforamento ou não, *sugerimos que sejam enviadas mensagens ao desembargador presidente da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo*, Dr. Wellington da Costa Citty [o *site*, nesse ponto, fornece o n. do *fax* do desembargador], tentando sensibilizá-lo sobre a eventualidade de um desastre. A luta pela absolvição não pertence mais a José Rainha e nem ao MST. Pertence a todos os que lutam justiça e a democracia. – *Plínio de Arruda Sampaio – Secretário Agrário do PT*" (os grifos são nossos, a exceção do último). Nesse passo, há de se atentar para o fato de que a influência, na hipótese, dirigir-se-ia direta e declaradamente ao desembargador responsável pela decisão do pedido de desaforamento, o que mereceria, aí sim, alguma censura.

da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura),[64] com desvantagem (pena menor – reclusão de um a quatro anos – e benefícios que não seriam concedidos ao torturador por força do art. 5.°, XLIII, da CF, e §§ 6.° e 7.° do art. 1.° da Lei 9.455) e fomentando todas as celeumas de uma *novatio leges in mellius*. Por isso mesmo, é preferível que a conduta continue a ser disciplinada pela Lei 9.455. Somente por intermédio de uma análise hermenêutica conduzida e parcial, poder-se-ia pugnar pela coexistência dos preceitos: dir-se-ia, então, que a ressalva do art. 344 ("além da pena correspondente à violência") permitira a aplicação cumulativa das penas do art. 1.°, I, *a*, da Lei de Tortura ("Constranger alguém...") e do que seria o inc. II do art. 344 do CP. Mas é claro que a *mens legislatoris* visara, em 1940, às penas das lesões corporais...

O Projeto criaria, ademais, um novo crime contra a Administração da Justiça: *desobediência a ordem judicial*, a ser inserta no art. 359 (o atual *caput* desse artigo – desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito – passaria a ser seu parágrafo único). O expositor analisa que o art. 330, situado no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração (pena: 15 dias a 6 meses), não abrange o ato de desobediência a ordem judicial *quando cometido por funcionário público no exercício da função*; haveria, então, *prevaricação* (319 do CP), com amplitude nem sempre desejável. Por isso, a necessidade de tipo específico: "Deixar o funcionário público ou o particular, *para satisfazer sentimento ou opinião pessoal*, de cumprir mandado judicial de que é destinatário ou retardar injustificadamente o seu cumprimento. Pena – detenção, de 6 meses a dois anos" (grifamos). Parece-nos que, mesmo para essa hipótese específica, remanesceria a *desobediência*, como tipo subsidiário,[65] se não restasse caracterizado o intuito de "satisfazer sentimento ou opinião pessoal", dolo específico inexistente no art. 330, conquanto presente no art. 319 ("interesse ou sentimento pessoal").

Finalmente, introduz-se um parágrafo único no art. 517 do CPP, que cuida do recebimento da denúncia ou queixa. Eis a dicção do que seria o parágrafo: "Ao receber a denúncia o juiz poderá fundamentadamente *afastar o réu do exercício do cargo ou função, durante o processo, pelo prazo máximo de quatro meses*, sem prejuízo da remuneração, quando a gravidade do fato, a reiteração na prática de ilícitos da mesma natureza ou a conveniência da instrução criminal assim o exigirem" (grifamos). O dispositivo guarda paralelismo com o art. 147 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), que autoriza o afastamento do servidor no caso de processo administrativo disciplinar (prazo de 60 dias, prorrogável por mais 60 dias). Trata-se de *medida cautelar*, tendente a prevenir maiores prejuízos ao interesse público (em havendo sérias perspectivas de que o funcionário volte a delinqüir) e a coibir a intromissão do agente público na instrução do feito (destruindo provas e intimidando testemunhas, no pleno gozo de sua *auctoritas*). O afastamento, todavia, não pressupõe que o delito perpetrado tenha atingido a Administração Pública. A inovação é propositada.

(64) "Constitui crime de tortura: I – Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa." Pena: reclusão de dois a oito anos.

(65) *Data venia* da posição do então Ministro da Justiça, há entendimento jurisprudencial (ao qual nos filiamos) de que o funcionário público *pode* praticar o delito de desobediência: *RT* 565/342.

5. Conclusão

É mister, por tudo o que se disse, revisar-se o Título XI do Código Penal brasileiro. Conquanto a previsão original atendesse, satisfatoriamente, à objetividade jurídica tutelada – *desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência*[66] –, a natureza cambiante dos grupos sociais contemporâneos não poderia prescindir de uma legislação penal mais consentânea com o comércio jurídico em cujo âmbito transitam. Hodiernamente, a própria estrutura das administrações modernas tende a assumir feições imprevisíveis; *exempli gratia*, em algumas cidades norte-americanas (entre elas, New York) experimenta-se já o emprego de profissionais de administração, pagos nessa condição pelos cofres públicos, responsáveis pela gestão municipal; ao prefeito remanescem as funções representativas. Semelhante divisão de atribuições, caso venha a se generalizar, demandará uma vez mais modificações adequadas no ordenamento legal pertinente à Administração Publica – e, particularmente, em sua faceta penal.

Ademais disso, e a despeito da qualidade com que os tipos penais compreendidos entre os arts. 312 e 359 do CP foram redigidos, algumas imperfeições subsistiram às reformas puntiformes; imperfeições que requerem a atenção do legislador. Se não para colmatar lacunas até então supridas pela atividade jurisprudencial, ao menos para sepultar discussões de que ainda se acercam os tribunais. Reformas de caráter formal e substancial, com a introdução de novas figuras típicas, serão bem-vindas, *desde que cautelosas* – para que não ensejem tumultos em meio aos operadores do Direito.

Boa parte das alterações encaminhadas ao Congresso Nacional, no tocante aos crimes contra a Administração, tem plausibilidade. Voltam-se às realidades mais gritantes do fenômeno delitual no momento presente: o crime organizado, o tráfico de armas, a utilização inadequada de informações privilegiadas (caminhando para a criminalização do *insider trading*), a coação para obtenção de provas ilícitas, a improbidade administrativa. Embora determinados arquétipos, ao nosso sentir, comportem reparos que os compatibilizem com os fins aos quais se prestam, a iniciativa legislativa (particularmente a manifestada pelo Projeto de Lei 1.668/96) denota a preocupação dos órgãos legiferantes com a atualização do Direito Penal positivo; traz à baila, outrossim, as respectivas discussões, com o que novos subsídios podem ser hauridos face aos embates doutrinários.

Importa, sobretudo, que as reformas atendam ao que Jescheck[67] denominou de *princípio do Estado de Direito*, em seus conceitos *formal* e *material*. Formalmente, as modificações devem salvaguardar, prioritariamente, a *segurança jurídica*, visto que "el Derecho Penal posibilita las más graves injerencias en la esfera de la libertad de los ciudadanos". Substancialmente, deve-se perquirir o máximo grau de correspondência possível com a idéia de *Estado Justo*, limitando a instância penal às intervenções necessárias e preservando a dignidade humana; afinal,

(66) E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 252.

(67) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. España (Granada) : Comares Editorial, 1993. p. 21-22.

"razão teleológica do Estado é a consecução do bem comum".[68] Observados esses conceitos, quaisquer alterações terão, certamente, guarida no âmago social.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

CODICE PENALE E NORME COMPLEMENTARI – Milano : Dott A. Giuffrè Editore, 1994.

CODICE PENALE TEDESCO, IL – Traduzione di G. De Simone, L. Foffani, G. Fornasari, M. Sforzi. Milano : Cedam, 1994.

CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – Coimbra : Almedina, 1996.

COSTA JUNIOR, Paulo José da, PAGLIARO, Antonio. *Dos Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo : Malheiros, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. v. 3.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo, FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1997. n. 7.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. España (Granada) : Comares Editorial, 1993.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. v. 1 e 4.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1988.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto de diritto penale italiano*. Turim : Unione Tipográfico, 1950. v. 5.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo : Atlas, 1997. v. 3.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1968. v. 4.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1997.

SILVA FRANCO, Alberto, *et alii*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo : RT, 1995. [dessa obra, extraiu-se a maior parte dos julgados coligidos nesse trabalho].

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo : LTr, 1997. vol. I.

(68) E. Magalhães Noronha, op. cit., p. 250.

2.2

HOMICÍDIO QUALIFICADO E PROCEDIMENTO DO JÚRI

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Qualificadora e denúncia – 3. Qualificadora e instrução – 4. Qualificadora e pronúncia – 5. Qualificadora, libelo e quesitação – 6. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: O juiz togado deve fazer valer a garantia do devido processo legal no procedimento do júri. A influência da doutrina da Lei e da Ordem tem encontrado facilitação na inconsistência das noções e conceitos que se aplicam no júri. O autor atenta para a crise inflacionária de qualificadoras em denúncias criativas. Demonstra o autor, quão vagos e destituídos de sentido são os conceitos e noções utilizados, sugerindo um esquema de análise das qualificadoras que oriente não apenas a pronúncia, mas também o libelo e a quesitação, de modo a assegurar um julgamento justo.

Palavras-chave: Crimes contra a vida – Homicídio qualificado – Processos especiais – Crimes de competência do júri – Juízo de formação da culpa – Denúncia – Pronúncia – Libelo – Quesitos.

1. Introdução

A incidência de qualificadora em crime de homicídio produz efeitos notáveis no campo da resposta penal ao comportamento criminoso, pois eleva sensivelmente a pena privativa de liberdade, dobrando-a em seu patamar mínimo previsto para o crime simples e atingindo o limite constitucional de 30 anos no seu máximo.

Por força da caracterização do crime de homicídio qualificado como hediondo nos termos da Lei 8.072/90, a simples articulação da qualificadora pela acusação impossibilita, para uns, a liberdade provisória e, segundo outros, é motivo bastante para a decretação da prisão cautelar do acusado. Ainda por força da mesma lei, segundo a jurisprudência e a doutrina dominantes, o reconhecimento da qualificadora em crime de homicídio impõe o cumprimento integral da pena em regime fechado, conforme a disciplina da lei especial.

Apesar disto, a experiência demonstra que para promotores de justiça, juízes e tribunais, e por vezes até para advogados, as qualificadoras são meros detalhes secundários do crime aos quais não se dedica a necessária atenção. A facilidade com que qualificadoras são articuladas e reconhecidas, normalmente com o emprego de fórmulas vazias de conteúdo e repetidas irrefletidamente, é prova do que parece ser o papel secundário a elas reservado pelos operadores jurídicos.

Evidentemente as qualificadoras não são meros detalhes, e na verdade a colocação delas em plano secundário não é um acidente de administração do sistema punitivo, mas sim e verdadeiramente uma política criminal em busca da lei e da ordem.

Muitas vezes a busca da lei e da ordem, cuja doutrina em si se ressente de bases filosóficas sérias a sustentá-la, adquire ares de surrealismo irresponsável que leva alguns operadores a se valerem do crime qualificado como estratégia processual da qual tiram vantagens.

Recentemente, parcela da doutrina e da jurisprudência vem delineando reação a este fenômeno. Nas linhas que se seguem nosso objetivo é a análise destes problemas e a formulação de sugestões que colaborem para a superação dos mesmos.

O procedimento do júri, conforme fórmula bastante repetida, é bifásico porque composto dos denominados *judicium acusationis* e *judicium causae*, que correspondem ao sumário de culpa e ao juízo de mérito.

Nosso tema implica em destaque às principais fases do processo, nas quais o problema das qualificadoras de homicídio merece consideração.

2. Qualificadora e denúncia

A primeira fase a ser considerada é o recebimento da denúncia, na qual a existência de qualificadora pode justificar a prisão cautelar.

A razão original da formação da culpa em alguns procedimentos penais, e que hoje se resume ao processo dos crimes dolosos contra a vida, decorria dos efeitos gravosos do mero ato acusatório que impunha o recolhimento à prisão ou a prestação da fiança.[1]

O recolhimento à prisão por causa do ato acusatório, ou mesmo a prestação de fiança, foram problemas que perderam qualquer relevância pelo fato de que isto deixou de existir, submetendo-se à disciplina geral da prisão cautelar qualquer pretensão ou necessidade de acautelamento do processo de crime doloso contra a vida.

Entretanto, a Lei 8.930/94, que fez inserir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90, passou segundo alguns a justificar a prisão cautelar por causa de prisão em flagrante em decorrência da acusação de homicídio qualificado, como ocorre em todos os crimes hediondos, vedando-se a liberdade provisória.[2]

Também o cotidiano forense registra inúmeras decisões de primeiro e segundo grau que justificam a decretação da prisão cautelar exclusivamente com base

(1) Vide Canuto Mendes de Almeida. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo : RT, 1975. p. 173.

(2) Esta é a posição que prevalece, inclusive no STF – HC 73.657-SP, 1.ª T., j. 03.09.1996, v.u., rel. Min. Moreira Alves; HC 74.108-DF, 2.ª T., j. 26.11.1996, v.u., rel. Min. Francisco Rezek.

na natureza hedionda do delito, ou quando muito agregam a ela as tradicionais fórmulas abstratas previstas no art. 312 do CPP.

Assim entendida a Lei dos Crimes Hediondos, aquela razão original da formação da culpa tornou a existir e apresentar relevância: a acusação de homicídio qualificado legitima a prisão processual e a instrução preliminar volta-se contra possível injustiça existente.

Desta forma, indaga-se, há algum remédio precedente à pronúncia que possibilita a correção de eventual articulação injusta ou indevida de qualificadora e conseqüente prisão processual?

O problema se coloca na medida em que a acusação pode decorrer de abuso do titular da ação penal que, afastando-se dos elementos probatórios que dão suporte ao ato, cria ou colore fatos de modo a extrair conseqüências mais gravosas que as objetivamente possíveis.

Trata-se do denominado abuso do poder de denunciar, que segundo Fragoso corresponde ao mau uso de poder na denunciação.[3]

Também justifica o problema o fato de que o sumário de culpa, a despeito do nome, tornou-se um procedimento dilatado e moroso cujo deslinde é demorado. Deste modo, sua função corretiva pode tornar-se ineficaz na medida em que a prisão processual prolonga-se demasiada e desnecessariamente.

Neste contexto, podemos situar no momento do recebimento da denúncia a possível correção da injustiça, pois é o único ato de conteúdo decisório que antecede à pronúncia.

Conforme Espínola,[4] ao receber a denúncia o juiz não se manifesta sobre a prova e os indícios de autoria, o que só lhe cabe fazer por ocasião da sentença, depois da regular instrução. Deste modo, a rejeição da denúncia restringe-se às hipóteses em que ela não atende aos requisitos da lei. Neste sentido orienta-se a jurisprudência, que se refere ao mero exercício da pretensão punitiva.[5]

Especificamente quanto ao nosso tema, idêntica é a orientação da jurisprudência, que não aceita a rejeição da denúncia em razão da articulação indevida de qualificadora, pois dada a natureza bifásica do procedimento, o momento adequado para tanto é o do encerramento do sumário de culpa com a prolação da pronúncia, ou o do julgamento pelo conselho de sentença.

Neste sentido o HC 9.359-MG, julgado unanimemente pela 5.ª Turma do STJ em 13.09.1999, cujo rel. Min. Edson Vidigal destacou que a hipótese não é contemplada pelo art. 43 do CPP, que estabelece os casos de rejeição da denúncia.

(3) "Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva", *Revista Brasileira Crim. e Dir. Penal* 13, 1966.

(4) Eduardo Espínola, *Código de Processo Penal brasileiro anotado.* Rio de Janeiro : Borsói, 1965. vol. IV, p. 424.

(5) Assim o STF – RHC 65.300-SP, 1.ª T., v.u., *DJU* 06.11.1987, p. 24.440; *RTJ* 112/1090.

Segundo o julgado, a admissão da exclusão da qualificadora nesta fase implicaria cerceamento da pretensão acusatória.

Assim, a orientação pacífica é a de que não pode o juiz rejeitar a denúncia mediante incursão na prova. Conseqüentemente, não haveria solução para a prisão injusta?

Das duas uma: ou o intérprete flexibiliza a rigidez do sistema de modo a prestigiar e compatibilizar a herança hermenêutica com as exigências presentes, ou ele o abandona e supera os conceitos e noções vigentes de modo a admitir a rejeição da denúncia.

O primeiro caminho, trilhou o STJ. Decidiu ele que, não obstante a impossibilidade de rejeição da denúncia, nem por isso fica o juiz vinculado à natureza legal hedionda da infração para decidir sobre a liberdade do acusado, incumbindo-lhe analisar o problema à luz da disciplina geral da prisão cautelar.

Esta é a ementa do HC 5.356-PR, da 5.ª T., julgado por maioria em 25.08.1997, cujo relator para o acórdão foi o Min. Felix Fischer, vencido que foi o rel. Min. José Arnaldo da Fonseca:

"*Habeas corpus*. Homicídio. Exacerbação da denúncia. Lei dos Crimes Hediondos.

I – A verificação da exacerbação na prefacial acusatória, com reflexos no *ius libertatis*, só pode ser feita se prescindir do cotejo analítico do material cognitivo.

II – A vingança, por si, isoladamente, não é motivo torpe.

III – A troca de tiros, em princípio, sem outros dados, afasta a qualificadora do inciso IV do art. 121, § 2.º, do CPP.

IV – Se, inequivocamente, sem qualquer discussão, a *imputatio facti* não apresenta situação típica própria de homicídio qualificado, os efeitos processuais da Lei 8.072/90 devem ser, ainda que provisoriamente, afastados.

V – Conseqüentemente, inexistindo motivos para a segregação *ad cautelam*, deve o acusado aguardar o julgamento em liberdade.

Habeas corpus deferido."

A decisão, pela sua relevância, merece análise, observado desde logo que o item I da ementa, sobre a necessidade da análise da prova impedir o exame do pedido, refere-se à alegação de legítima defesa havida no caso concreto.

O primeiro ponto a destacar é o enfoque do abuso do poder de denunciar. Conforme assinala o acórdão, "pode ocorrer, no entanto, que a divergência entre a imputação e o fato objetivamente disponível seja parcial, num lance, mas dele resultando sério gravame, como no caso.

E pode ser, também, que a diferença entre a imputação possível e a imputação abusiva seja tão grande ou maior do que a própria denunciabilidade, isto é, o abuso parcial pode ser maior feridor do que o abuso total".

O raciocínio é irrefutável. Nos dias atuais, uma acusação de homicídio que seja simples fruto de criação mental do órgão acusatório é menos gravosa que acusação cujo abuso se verifique na qualificadora do crime, pois esta é de crime cuja natureza hedionda gera os efeitos funestos da Lei 8.072/90.

Ainda nos termos da decisão em tela, *se o abuso de poder, mesmo parcial, invade a esfera de proteção jurídica da pessoa, há de haver reparo pronto e eficaz*. A correção do que é afirmado é indiscutível, bastando para tanto a lembrança do contido no art. VIII da Declaração dos Direitos do Homem, segundo o qual todos têm direito de receber dos tribunais nacionais recurso *efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais. Mais explicitamente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem determina em seu art. XVIII a necessidade de processo *simples e breve* que proteja a pessoa contra atos de autoridade que violem seus direitos.

Dilatar a solução do problema do abuso parcial do poder de denunciar para o encerramento do sumário de culpa significaria privar o ser humano de um remédio efetivo, pois os efeitos deletérios da prisão se prolongariam, bem como privá-lo do remédio simples e breve, atributos que, conforme já referido, a realidade forense não permite conferirmos ao sumário de culpa, apesar do nome sumário.

A decisão reconhece, conforme seus próprios termos, que a denúncia, como mero ato de formulação de determinada pretensão punitiva, não pode inibir a função tutelar da jurisdição.

Em razão disto propõe, como remédio ao abuso verificado, que os efeitos processuais decorrentes da denúncia por crime qualificado sejam obstados, isto é, que o acusado possa responder em liberdade ao processo.

Nestes termos, o julgado, sem adentrar no mérito da qualificadora, mas por reconhecê-la em princípio abusiva, desvincula do articulado os efeitos que denomina processuais, e que correspondem à prisão processual, para sujeitar esta aos requisitos do art. 312 do CPP, e não ao mero automatismo imposto pela Lei dos Crimes Hediondos.

De outra forma, podemos enfocar a decisão sob o prisma dos requisitos da cautelaridade, de modo que, não verificado com a necessária clareza o *fumus boni juris* acerca da qualificadora, a prisão processual não deve ser mantida ou autorizada.

A importância do julgado do STJ não se esgota na alternativa de um remédio preliminar contra prisões injustas. É relevante destacar que a orientação adotada fornece elementos importantes para a compreensão e equacionamento das tensões no interior do sistema criadas pela Lei 8.072/90, cuja doutrina escancaradamente se assenta nos postulados da Lei e da Ordem.

Uma característica elementar do modelo da lei e da ordem é a expansão dos poderes dos órgãos administrativos do sistema punitivo em detrimento da função judicante.

No modelo garantista, que sem dúvida é aquele adotado pela Constituição Federal, o que se dá é o inverso, pois a jurisdição é incumbida da tutela dos direitos e garantias do acusado, para o que é dotada de poderes preventivos e repressivos extensos.

Decisões judiciais que aceitavam ou ainda aceitam o entendimento da prisão como efeito automático da acusação por crime de homicídio qualificado estavam

ou estão a expressar renúncia das funções garantistas da jurisdição, ou perplexidade e passividade diante do apego à literalidade da lei, e ao mesmo tempo alargavam ou alargam os caminhos pelos quais avança o modelo da Lei e da Ordem em nosso sistema.

A jurisprudência, ainda que venha recusando o necessário ato político de declaração de inconstitucionalidade dos preceitos draconianos da Lei dos Crimes Hediondos, apresenta agora um mecanismo de contenção da influência da doutrina respectiva que contamina a integridade do sistema garantista. E o STJ entrega tal remédio na medida em que proceder contrário significaria a ruptura de um pilar deste sistema, pois o problema colocado era de forma muito clara o da prevalência dos poderes da administração sobre a função judicante.

Se a ilustrada maioria ainda não se empolgou em recusar a ingerência do legislador em assuntos que não lhe cabem, de modo a declarar a inconstitucionalidade de dispositivos como o que na Lei 8.072/90 determina o cumprimento integral da pena em regime fechado, parece claro, reconfortante e estimulante que o mesmo prestígio não teve a administração, cujos atos de vontade, disse o STJ, não podem inibir a função judicante.

De todo o modo, o STJ não equacionou dois outros problemas que persistem com o entendimento de que ao juiz não é dado rejeitar a denúncia para impedir a acusação abusiva por crime qualificado..

O primeiro problema é o constrangimento que faz pesar sobre o réu a qualificadora. Este constrangimento não é apenas social, mas também jurídico, pois nem sempre o jurado interpreta no juízo da causa que a exclusão da qualificadora na pronúncia decorreu da ilegalidade da pretensão acusatória.

Pode o conselho de sentença entender, e isto ocorre, que a exclusão da qualificadora significou a benevolência ou justiça que lhe era merecida, de modo que nada mais resta senão condená-lo.

Pode a qualificadora ser utilizada como instrumento do mercadejar teses em plenário, que denigre a instituição do júri e viola o princípio da ampla defesa.

O segundo problema diz respeito à credibilidade do Poder Judiciário. Por razões cuja discussão aqui não cabem, e que se assemelham em muito ao problema do indiciamento em inquérito policial, é sempre a função judicante que suporta os ônus da acusação mal feita. O questionamento da legitimidade da decisão judicial geralmente prescinde da problematização de sua premissa, que é a acusação formal, de modo que a censura acaba por recair sobre o órgão julgador.

Estes dois problemas estão a merecer melhor consideração e equacionamento.

Mas faz muito sentido ao sistema constitucional, assentado na premissa do estado de direito, que a interpretação e aplicação da lei se façam de modo tal que a estrutura estatal prefira os direitos individuais e fundamentais.

É indiscutível que o entendimento da impossibilidade de rejeição da denúncia privilegia os princípios e conceitos inerentes à função ministerial e à denúncia, como é indiscutível que na hipótese de que tratamos isto se faz à

custa do *status* do cidadão, pois o abuso de que este é vítima não recebe pronta e eficaz solução.

É inadmissível que a pessoa humana suporte o equívoco, o erro, o lapso e mesmo a prepotência ou arbítrio do acusador a pretexto da preservação da integridade de um sistema que organiza o poder.

No estado de direito, a lei há de ser interpretada e aplicada *ex parte populi*, e não *ex parte principi*.

No que concerne à estrutura estatal, o enfoque há de ser outro. O problema que aí se verifica, e antes antecipado, diz respeito à credibilidade do judiciário. A questão não é corporativa. Ela deve ser entendida à luz das tensões entre *crime control* e doutrina garantista.

Quando afirmamos que o ônus é suportado pelo Poder Judiciário, o que devemos atentar é para o fato de que tal processo induz à deslegitimação do órgão judicante, que por excelência é, ou deve ser, o pilar do sistema garantista.

De outro lado, este processo se completa com a criação artificial de uma legitimação de quem acusa, seja o ministério público, seja a própria polícia quando indicia, que são órgãos administrativos do sistema punitivo.

Este processo concorre para a deslegitimação da doutrina garantista e o reforço de símbolos e noções típicas da lei e da ordem.

Por uma ou outra razão, pensamos que há necessidade da revisão de conceitos, o que necessariamente exige a já referida problematização da premissa do ato decisório, de modo a evitar-se o abuso em todas as suas dimensões.

Sem embargo do alvissareiro julgado do STJ, pensamos que é melhor a rejeição completa de uma denúncia abusiva, mesmo que o abuso seja parcial, pois denúncia rejeitada, outra oferece-se, enquanto dignidade e *status* jurídico ofendidos não se recuperam.

3. Qualificadora e instrução

O § 2.º do art.121 do CP prevê o crime de homicídio qualificado quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; e para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Como ensina Hungria, o que é noção elementar, "de simples *accidentalia* dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser *essentialia* ou elementos constitutivos do homicídio".[6]

(6) *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1953. vol. V, p. 158.

A incidência de cada qual das qualificadoras no caso concreto decorre da descrição típica de um fato cuja verificação é feita no processo. À semelhança do que acontece na análise do tipo fundamental, a análise da qualificadora exige dois juízos positivos e sucessivos, a saber: (a) juízo sobre a existência do fato alegado e (b) juízo de sua tipicidade. O juízo acerca do fato dado como qualificante demanda a verificação de sua realidade no acervo probatório, enquanto aquele de tipicidade exige a subsunção de tal fato ao preceito incriminador e qualificante. Não provado o fato dito qualificante, ou ausente sua tipicidade, a qualificadora não pode incidir, sob pena de violação do princípio *nullum crime sine lege*.

Tome-se como exemplo a promessa de recompensa. Muitas vezes o simples dizer enseja sua afirmação, mas como ensina Nogueira Itagiba, é preciso que existam a proposta e a aceitação antecedentes à execução do crime.[7] Ou então a qualificadora de traição etc., que segundo Pedro Vergara não se limita à fórmula da lei, pois se constitui do elemento material que vincula a perversidade à seriedade do meio empregado e à sua eficácia impeditiva da defesa, e do elemento moral.[8] Ou ainda o emprego de meio insidioso, que segundo o mesmo Vergara exige a intenção perversa, que ela seja subreptícia e a idoneidade concreta do meio.[9]

Assim, a instrução do crime qualificado deverá objetivar não apenas a materialidade e a autoria do delito, mas também os elementos da qualificadora que o constitui.

A prova dos elementos da qualificadora, tal qual a prova dos demais elementos do crime, é ônus da parte acusadora, que assim deverá buscar sua demonstração na colheita de provas. Assim como incumbe à acusação demonstrar a materialidade e revelar os indícios de autoria, à ela tocará o ônus de provar o fato motivador dado como fútil ou torpe. De outro modo, não incumbe à defesa demonstrar que não há materialidade, nem indícios de autoria, e nem a ocorrência do fato qualificante.

Poderá a defesa preocupar-se com a produção da prova nesta fase, pois pode ela interessar-se em demonstrar que os indícios não são indícios, que o fato qualificante não é verdadeiro ou que ele, apesar de verificado, não motivou o crime, e finalmente que não se ajusta ao preceito legal. Mas nem por isso estará a defesa a cumprir o ônus probatório, pois, repita-se, o ônus da prova incumbe a quem alega.

O que se afirma parece evidente, como de fato é, mas é importante porque define os contornos da fase procedimental que segue a instrução e encerra o sumário de culpa, na qual as partes oferecem suas alegações e o juiz prolata a sentença, fase na qual muitas vezes isto é desconsiderado.

(7) *Do homicídio*. Rio de Janeiro : Forense, 1945. p. 144.

(8) *Das circunstâncias agravantes*. Rio de Janeiro : Forense, 1948. p. 150-154.

(9) Op. cit., p. 172.

4. Qualificadora e pronúncia

a) Conforme disposição legal, o sumário de culpa encerra-se com as alternativas da pronúncia, da impronúncia ou da absolvição sumária. Não nos interessa discutir aqui se as disposições legais esgotam todas as necessidades e possibilidades do pronunciamento judicial. Nosso problema circunscreve-se à pronúncia no que se relaciona às qualificadoras.

Conforme reiteradamente repetido, a pronúncia resume-se a juízo de admissibilidade da acusação que não comporta o exame de mérito da causa, que deve ser feito pelo conselho de sentença.

A fórmula fundamental da pronúncia é dada pelo art. 408 do CPP, que a autoriza se existentes a prova da materialidade e os indícios de autoria.

Relativamente à prova da materialidade, a doutrina ensina que ela significa o pleno conhecimento do crime pelo juiz,[10] sem o que a pronúncia não se justifica, de modo que sobre ela deve existir certeza, pois a dúvida impõe a impronúncia. Já sobre os indícios de autoria, os comentadores ensinam que exprimem a fundada suspeita da autoria.[11]

b) A lei não faz qualquer referência explícita às qualificadoras na fase da pronúncia. A doutrina mais abalizada e tradicional também não faz qualquer referência às qualificadoras nesta fase.[12] Foi a jurisprudência que colocou em destaque o tema das qualificadoras, e conseqüentemente do exame delas em sede de pronúncia.

A jurisprudência fixou a regra segundo a qual as qualificadoras, não sendo manifestamente improcedentes, não devem ser excluídas da acusação na fase de pronúncia. De outra forma, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes.

A regra, que tem como premissa a natureza da pronúncia como mero juízo de admissibilidade da acusação, justifica-se segundo a jurisprudência no fato de que o exame de mérito é vedado nesta fase e porque o conselho de sentença é o juiz natural da causa, de modo que não é dado ao juiz subtrair sua competência.

c) Segundo se afirma, a regra se justifica porque, primeiro, é vedado o exame de mérito na fase de pronúncia. Esta afirmação não se sustenta.

Vimos que dos termos do art. 408 do CPP resulta que a pronúncia exige a certeza da existência do crime, ou na linguagem legal, a prova da materialidade.

(10) Muitas vezes há certa confusão entre este significado da materialidade do delito nos termos do art. 408 do CPP e a simples existência de um laudo pericial.

(11) Aqui também há uma certa tendência deturpadora do sentido das coisas em decisões que consideram boatos, fofocas e o ouvir dizer como indícios de autoria.

(12) Algumas obras modernas fazem referência às qualificadoras nesta fase. Sem embargo da valia destas obras, nelas não há desenvolvimento teórico do assunto, mas simples assimilação da jurisprudência.

Parece mais que evidente a existência de um juízo de mérito no exame da materialidade. O juiz deve afirmar na pronúncia que existe um crime, e evidentemente tal afirmação há de se apoiar em bases racionais que implicam um exame de mérito.

Ao afirmar a materialidade do delito contra a vida, o juiz ultrapassa os limites da mera aferição formal da acusação como entende-se deva ocorrer no recebimento da denúncia. Nesta verificam-se a descrição do fato típico e o suporte probatório para o recebimento da acusação. Qualquer ato além disto implica exame de mérito, pois já significa valoração. Não faz muito sentido que dois momentos processuais distintos reservem à atividade jurisdicional a mesma limitação que impede o exame de mérito, mormente na hipótese que cuidamos, pois o recebimento da denúncia e a pronúncia são extremos de uma única fase procedimental.

Imaginemos hipótese de tentativa branca de homicídio em que a existência do crime dependa exclusivamente da prova oral produzida. Claramente deverá o juiz proceder valoração da prova oral de modo a reconhecer a prova da materialidade a que se refere o art. 408 do CPP, isto é, a realidade e certeza do crime exigidos pela doutrina. É evidente que há exame de mérito.

Pensemos o crime de infanticídio, assim já qualificado na denúncia. A eventual pronúncia que encerra a formação da culpa haverá necessariamente que reconhecer um dos elementos integrantes do tipo penal que é o estado puerperal, sem o que haveria em tese de ocorrer aditamento para os termos mais graves do crime de homicídio.

Parece claro que a pronúncia exige do juiz atividade de cognição diversa daquela realizada no recebimento da denúncia. Assim como parece evidente que nela há sim exame de mérito, ao contrário do que se afirma.

Se para a pronúncia deve o juiz proclamar a existência de um crime, ele examina o mérito da acusação. A pronúncia demanda a valoração de todo o acervo probatório para que resulte dele o convencimento judicial da existência do crime, ou seja, para que se excluam todas as dúvidas possíveis.

A incursão no mérito é mesmo uma conseqüência inarredável da natureza contraditória da instrução e da paridade de armas, pois submeter o procedimento à intervenção fiscalizatória e probatória do acusado implica o fornecimento de elementos de convencimento para o juiz, que por sua vez haverá de fundamentar o ato decisório.

A provisoriedade ínsita à pronúncia nada tem a ver com o problema do exame de mérito. A decisão de pronúncia é provisória porque não encerra o processo, já que autoriza a instauração de uma nova fase. Provisoriedade significa instabilidade da decisão, pois ela pode sofrer modificação pelo conselho de sentença. A instabilidade da pronúncia expressa a sua limitada eficácia no procedimento, mas disto à inexistência de exame de mérito há profunda diferença.

O exame de mérito é etapa da construção lógica do raciocínio pronunciante, e portanto intrínseco à pronúncia, ao passo que a instabilidade é característica

extrínseca a ele. Tanto é assim que, absolvido o réu, nem por isso a pronúncia perde sua validade jurídica.

A própria jurisprudência cuida de desmentir o que proclama. Em várias oportunidades tem sido afirmado que determinadas hipóteses não justificam a inclusão de qualificadora na pronúncia. Assim se dá em regra com a briga grave antecedente ao crime ou ao estado emocional inerente aos ciúmes, que descaracterizam a futilidade. O mesmo se dá com a torpeza, qualificação inadmissível tão-só pela vingança motivadora do comportamento criminoso.

Nestas hipóteses a regra em discussão parece não ter aplicação, pois é impossível emitir juízo de inadmissibilidade da acusação, ainda que parcial porque incidente sobre a qualificadora, sem a realização de juízo de mérito.

d) Segundo também se afirma, o juiz não examina o mérito e não pode subtrair do conselho de sentença seu exame, pois ele é o juiz natural da causa. Aqui também há a influência mitológica no pensamento.

É impossível negar a competência do júri para apreciar os crimes dolosos contra a vida, e assim negar-lhe a condição de juiz natural do acusado, pois a Constituição Federal é suficientemente clara ao dispor sobre a instituição.

Porém, disto a afirmar-se que só o conselho de sentença pode examinar o mérito, há grande diferença.

Primeiramente, se é verdade que o conselho de sentença é o juiz natural da causa, não menos verdadeira é a afirmação de que o juiz togado também o é. A afirmação dispensa demonstração dada a sua obviedade.

Segundo, em sendo o juiz togado também juiz natural, isto significa que ele também é o juiz da causa. Ou será uma entidade do além? A lei reserva ao juiz togado ou ao conselho de sentença determinadas atribuições específicas, o que levou muitos à superada tentativa de distinguir entre o juiz do fato e o juiz do direito.

O julgamento no júri é complexo, mas isto não significa que o juiz togado seja figura inerte. Sempre que o juiz togado decide, está ele a expressar sua condição de juiz da causa, de juiz natural desta, atribuição cuja plenitude alcança com a prolação da sentença e a fixação de eventual pena.

Se alguma confusão é possível na fase final do procedimento, o chamado *judicium causae*, porque nela há "dois órgãos judicantes" a atuar, nenhuma é possível na fase de formação da culpa, pois nela o juiz é um só.

É na investidura de sua condição de juiz natural que o togado impronuncia e absolve sumariamente ao final da formação de culpa, e portanto é com a mesma condição que pronuncia e há de apreciar a qualificadora articulada, pois todas as possibilidades se dão no mesmo momento processual.

O C. STJ, por sua 5.ª T., tem repelido a alegação de que o afastamento de qualificadoras na pronúncia é vedado sob pena de incursão na competência constitucional do jurado.

De acordo com o voto do rel. Min. Edson Vidigal, o objeto da pronúncia é a proposta da denúncia, de modo que seu conteúdo nada afeta a competência do jurado:

"Ao meu ver, não procede a afirmação de que se estaria usurpando a competência constitucional do Tribunal do Júri. Tal procedimento não a atinge, pois o afastamento está relacionado direta e exclusivamente com a denúncia que, como petição inicial na ações penais condenatórias e em sua parte descritiva dos fatos, apresenta uma proposta de classificação penal. Não sendo esta proposta aceita pelo juiz da pronúncia no tocante às qualificadoras, a sua exclusão não apresenta qualquer reflexo quanto à competência constitucional do Júri popular" (REsp 50.517-DF, j. 05.03.1996, v.u.).

Segundo o Min. Vicente Cernecchiaro, a pronúncia delimita a acusação, e somente após ela, com o libelo, é que surge a imputação, não havendo que confundi-lo com a denúncia (REsp 98.836-GO, 6.ª T., j. 05.05.1998, v.u.).

O que se julga ao cabo do sumário de culpa é a denúncia, e será a pronúncia, como juízo de admissibilidade da acusação, que gizará os contornos fundamentais do ato acusatório correspondente ao libelo-crime, que terá oportunidade em outra fase procedimental, na qual então sim, e só naquela, surgirá a competência do conselho de sentença, que por disposição constitucional é inderrogável.

Noutras palavras, o júri, como juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, existe se e quando o juiz togado admite crime de sua competência em decisão

Este raciocínio, sob o enfoque procedimental, fez o Min. Vicente Cernicchiaro, na 6.ª T. do C. STJ:

"A soberania do Tribunal do Júri deverá, pois, ser analisada em conjugação com a lei processual. Sem dúvida, o entendimento dos jurados é definitivo, todavia, conforme o rito procedimental. Cumpre, portanto, conjugar a decisão (mérito) com a regularidade processual" (REsp 193.705- GO, j. 29.04.1999, v.u.).

Percebe-se portanto que, no âmbito da jurisprudência do STJ, o mito do júri como juiz natural dos crimes contra a vida cede.

e) Há ainda certa influência negativa das noções acerca da linguagem da pronúncia nos equívocos que se instalam.

É absolutamente correto que a linguagem da pronúncia deve ser comedida, o que se justifica diante da necessidade de evitar-se a influenciação dos jurados. A necessidade do comedimento porém não justifica omissões sobre pontos que necessariamente deve pronunciar-se o juiz.

O que em regra verificamos é que, a pretexto do comedimento, as decisões de pronúncia omitem-se sobre pontos de decisão, especialmente no que diz respeito às qualificadoras, para o que o recurso da invocação de mitos em linguagem sobranceira é técnica tida por satisfatória e eficiente.

Além da tradicional fórmula de que as qualificadoras não são manifestamente improcedentes de modo a justificar-se o questionamento perante o juiz natural, que como anotado acima padece de qualquer rigor, algumas decisões de pronúncia invocam o seguinte jargão: a qualificadora não foi infirmada pela prova produzida em juízo.

O absurdo que isto contém é manifesto. Parece que ao acusado é dado o ônus de provar a inviabilidade da acusação, e não o contrário. Grave ainda é o fato de que a fórmula em questão diz em outras palavras que a prova de inquérito prevalece ainda que não confirmada em juízo.

Muito embora ninguém sustente em sã consciência que o ônus da prova é da defesa e que a prova inquisitorial tem maior valor que a de natureza judicial, a observação lançada se justifica porque a realidade forense é pródiga em exemplos de que, de fato, é isto que se exige e isto que se faz.

As afirmações de que o exame de mérito é vedado e de não há possibilidade de subtrair o exame da causa do juiz natural para os crimes dolosos contra a vida são insustentáveis e não suportam qualquer exame lógico que se faça. Na verdade são elas meras palavras que nada significam.

f) É possível supor que tais fórmulas são explicativas do brocardo *in dubio pro societate*, que segundo a doutrina e a jurisprudência se aplica à decisão de pronúncia e que muitas vezes é invocado para fundamentar a admissão de qualificadora.

Talvez este seja o único argumento sério a justificar a posição da jurisprudência.

Para fins de argumentação admitimos a validade da regra, ainda que pareça estranha e duvidosa à luz do princípio geral do *in dubio pro reu*.[13]

Interessa aqui é ressaltar o problema, que é a dúvida, e não a sua solução, se em favor da sociedade ou do réu.

A dúvida é um estado de espírito correspondente à incerteza. Só pode haver dúvida se o exame daquilo que é submetido ao conhecimento é inconclusivo para o observador, que se vê impedido de emitir um juízo conclusivo daquilo que observa. A dúvida só é possível diante da observação de uma realidade e decorre da insegurança do observador em emitir um juízo de certeza.

É impossível haver estado de dúvida sem exame do mérito daquilo que é objeto do conhecimento. Como pode o juiz togado ter dúvida sobre a materialidade do crime, se não mediante o exame integral de seus elementos? Como pode o juiz ter dúvida sobre a incidência da qualificadora, digamos de motivação torpe, sem analisar a sua substância mediante o conhecimento pleno dos fatos de modo a conhecer os seus elementos objetivos e subjetivos, digamos o crime de estupro antes praticado pela vítima que enseja a vingança do agente homicida segundo a acusação?

Portanto, também aqui constitui equívoco argumentar com o problema da análise do mérito.

Na prática do júri, o *in dubio pro societate* tem é certo se prestado às mais diversas aplicações e justifica segundo seus defensores quase qualquer decisão. Porém, não há como refutar que, se dúvida há, é porque o exame de mérito houve.

Também parece claro que, ao término do sumário de culpa, só tem relevância a dúvida existente no espírito do juiz togado, pois ele é a autoridade competente

(13) Remetemos o leitor ao excelente trabalho de Márcio Bártoli publicado no número de lançamento da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 126 *et seq.*, sob o título "O princípio *in dubio pro reu* na pronúncia", que a partir de julgado do TJDF aponta a incompatibilidade do benefício da dúvida em favor da sociedade num sistema em que opera o *in dubio pro reu*.

para decidir, de nada interessando aquela que apresenta a parte acusadora, ao menos que o faça para da dúvida deduzir pretensão negativa.

Interessa destacar a limitação do *in dubio pro societate.*

Segundo a dicção do art. 408 do CPP, a pronúncia se justifica se o juiz tem convencimento da existência do crime e dos indícios de autoria. Como ensina Frederico Marques, a prova do delito há de resultar plena para haver a pronúncia,[14] isto é, deve haver certeza sobre ela. A prova do homicídio há de ser clara e irrefutável, ainda que a defesa insista na ocorrência de suicídio.

Não é a argumentação das partes que define a dúvida. Mas se, da argumentação das partes resulta materialmente duvidosa a existência do homicídio, que se torna tão-só possível em maior ou menor grau direta ou inversamente proporcional à ocorrência de um suicídio, digamos porque o morto tem em suas mãos a arma do crime e nada indica que ela foi ali colocada por alguém, já então não será possível a pronúncia.

Percebe-se assim que, ao contrário do que sugere a fórmula tradicional, a aplicação do *in dubio pro societate* é bem mais restrita e não alcança o exame da materialidade delitiva nas hipóteses em que, independentemente da viabilidade da tese defensiva, há dúvida sobre a existência do crime objeto da acusação.

O que foi dito até aqui pode assim ser resumido: as fórmulas usualmente empregadas pela jurisprudência para justificar o impedimento da análise da qualificadora em sede de pronúncia são meros recursos de linguagem e não têm qualquer substância.

A invocação do júri como juiz natural e a proibição do exame de mérito nada explicam e nada justificam.

De outro lado, o princípio *in dubio pro societate*, se admitida sua validade, tem alcance bem mais limitado do que parece à primeira vista, pois em nenhuma hipótese se aplica à materialidade do crime, a respeito da qual a lei exige certeza.

g) Vejamos agora especificamente o problema da qualificadoras sob o enfoque do *in dubio pro societate*. O brocardo realmente pode ser aplicado se do exame da qualificadora resulta dúvida, como usualmente se procede?

Como ensina[15] Hungria, a qualificadora integra o crime como elemento essencial.

Se é certo que a qualificadora é elemento essencial do crime, parece evidente, conforme a disposição do art. 408 do CPP, que exige certeza da existência do crime para a pronúncia, haver necessidade da certeza sobre a qualificadora articulada.

O que afirmamos parece claro o suficiente para demandar explicações. Entretanto, isto tem sido reiteradamente desprezado no processo do júri.

O fato de o jurado emitir posterior pronunciamento sobre a qualificadora nada tem a ver com a necessidade de o juiz pronunciante convencer-se da realida-

(14) *A instituição do júri.* São Paulo : Saraiva, 1963. vol. 1.

(15) Vide nota 6.

de da qualificadora, como também nada tem com o fato de ele afirmar a existência de um homicídio.

Claro, pode o jurado desautorizar o pronunciamento togado, como o faz se desclassifica o crime doloso contra a vida para sua modalidade culposa ou outra figura penal. Este proceder do jurado expressa a soberania de seu veredicto, que é saudável e desejável, mas não tem o condão de impedir o controle preliminar feito pelo juiz togado.

O exemplo do crime qualificado pelo emprego de fogo como meio cruel parece elucidativo. A jurisprudência exige que a admissibilidade desta qualificadora se justifique na evidência pericial do emprego do fogo com meio executivo de que se vale o agente para impor sofrimento à vítima. Ausente tal prova, não há que se falar na qualificadora.

A posição da jurisprudência quanto ao emprego do fogo como meio cruel nada mais reflete que a exigência da certeza deste como meio do crime. O que se afirma noutras palavras, é que há de existir prova plena do fato qualificante nos termos do art. 408 do CPP.

Poderá o jurado rever o pronunciamento judicial, digamos por concluir não ter o agente se valido do fogo que foi meramente acidental, mas é inegável que tal só é possível porque o juiz togado afirmou a existência do fato qualificante na pronúncia.

O caráter objetivo da qualificadora de emprego do fogo como meio cruel, e a imposição feita pelo art. 158 do CPP a tornar imprescindível sua demonstração pericial, ambos são fatores que facilitam a aplicação da exigência contida no art. 408 do mesmo código quanto à prova plena do crime qualificado, pois o fato está ou não estampado nos autos.

Desta forma, muito pouco terá a defesa a fazer, nem mesmo haverá o togado que se preocupar com o comedimento de linguagem na pronúncia.

Já com relação às demais qualificadoras, as mesmas facilidades em regra não existem, pois nelas o dado subjetivo pode prevalecer, como ocorre na futilidade ou torpeza, e a exigência probatória é menor.

Já então a defesa sente-se mais habilitada à discussão, bem como a linguagem da pronúncia torna-se problemática.

As dificuldades porém não isentam o juiz togado de exercer sua função de juiz natural, e nem tão pouco servem de justificativa à dispensa da prova plena do fato principal e do evento qualificante.

Assim como procede habitualmente a jurisprudência em relação ao emprego de fogo, deve ela proceder em relação às demais qualificadoras, de modo a exigir prova plena do crime qualificado articulado na denúncia.

A propósito da prova do crime, vale transcrição da obra de Espínola,[16] que se socorre de Edgar de Moura Bittencourt: "Em se tratando da própria existência do

(16) *Código de Processo Penal anotado.* vol. IV, p. 800.

crime, decidiu o STF, nenhuma distinção estabeleceram as leis entre a sentença do sumário e a do plenário ou do julgamento. Para que qualquer delas possa ser regularmente proferida, no sentido da procedência da acusação, o juiz há de ter pleno conhecimento do delito; este a ele se terá de revelar em positiva demonstração, como que ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa irrecusável".

h) O emprego das fórmulas vazias de conteúdo e a aplicação irrestrita de princípios são fenômenos que, como apontamos acima, favorecem o império da doutrina da lei e da ordem. Mais que isto, ou talvez somente isto porque o que se apontará é próprio desta doutrina, tais fenômenos ensejam o estabelecimento de um vale-tudo processual a respeito do qual toda pertinência tem a crítica de Frederico Marques, para quem o tribunal do júri e os tribunais de exceção são pólos de justiça sem lei.

Certamente a falta de critérios técnicos para o exame das qualificadoras contribui para este quadro, pois a ciência jurídica não oferece esquemas que permitam a aferição das mesmas na fase da pronúncia. Nossa tarefa neste tópico é ofertar uma contribuição para a construção de modelos que permitam o exame das qualificadoras do homicídio na pronúncia.

A qualificadora de motivo fútil corresponde a um fato que motiva o comportamento criminoso a respeito do qual o operador faz o juízo de futilidade. Seu reconhecimento exige assim três elementos, a saber: o fato alegado como motivador, por exemplo a discussão por causa de um jogo de dominó; a vinculação psíquica entre este fato e a prática criminosa, que corresponde ao elemento subjetivo, ou seja, a deliberação homicida nascida por conta da discussão de jogo; e por fim o juízo de tipicidade, que corresponde à própria afirmação de caráter fútil deste fato motivante.

Com relação ao fato em si, três são os problemas mais comuns no foro. Primeiro, o fato não foi demonstrado no sumário de culpa, e então a solução não pode ser outra que a exclusão da qualificadora. Do contrário, pode o fato estar rigorosamente provado, e então autoriza-se, não a pronúncia, mas a pesquisa do elemento subjetivo da qualificadora. Pode afinal o fato se revelar confusamente provado, e então haverá de ser solucionado o problema de acordo com a regra do ônus da prova.

O segundo elemento da qualificadora é extremamente problemático, tanto quanto o é o reconhecimento do dolo homicida. Por difícil que seja o exame, nem por isso há de ser relegado ao jurado, até porque a ele será além de difícil, arriscado. Elementos objetivos auxiliarão o intérprete, como a maior ou menor proximidade entre o fato qualificante e o delito, ou a ocorrência de outros fatores. A solução da dúvida segue o ônus da prova.

Por fim o terceiro elemento, que corresponde ao juízo de tipicidade.

A maioria dos julgados encontradiços sobre a qualificadora de motivação fútil, excluindo-a, decorrem da negativa de tipicidade do comportamento, ou seja, de um juízo de valor negativo sobre a futilidade. Assim se dá nas hipóteses em que se afirma que o ciúme não se qualifica como fútil, ou que isto não pode existir na discussão grave que antecedeu ao crime.

Nestes casos é feito exame de mérito que incide sobre o elemento mais discutível da qualificadora, já que se trata de puro juízo de valor que pode variar de intérprete para intérprete, ainda que se tenha em conta o discutível padrão do homem médio.

Este apontamento é feito porque revela a contradição da jurisprudência. Não faz sentido relegar o exame da qualificadora ao conselho de sentença, a pretexto algum e como costumeiramente se faz por invocação da dúvida, ou a pretexto da vedação de exame de mérito, se há hipóteses em que o juiz togado faz juízo de valor.

Para a pronúncia de crime qualificado, faz o juiz da causa afirmação positiva da tipicidade do fato, e se este não houver, a solução é a exclusão da qualificadora. A dúvida, esta tem sempre o destino resultante da verificação do ônus da prova.

Vejamos a qualificadora de motivação abjeta decorrente da paga ou promessa de recompensa, ou de fato equiparado.

A paga ou promessa de recompensa são fatos que compõem a qualificadora, cujo exame se torna mais singelo. Provado o fato dito qualificante, o elemento subjetivo surge evidente e o juízo de valor é dispensado, pois a lei afirma a torpeza. Não provado, ou confusamente provado o fato qualificante, a solução já se antecipou.

A torpeza porém pode decorrer da equiparação analógica. Neste caso, o processo de exame da qualificadora segue o esquema da futilidade, com uma característica peculiar: tratando-se de equiparação analógica, o juízo de valor da torpeza deve guardar proporcionalidade com a censurabilidade do homicídio mercenário.

Esta peculiaridade muitas vezes é desprezada, e a torpeza é afirmada por conta de juízos discutíveis deduzidos pela parte acusadora e singelamente homologados pelo juiz processante, sem que haja qualquer similitude entre o fato alegado, já a esta altura reconhecido, e o homicídio mercenário.

Problema bastante comum neste tópico, e que também se verifica na futilidade, é o da proposição genérica que nada expressa. A hipótese ilustrativa é a de alegação de "vingança em razão de desentendimentos anteriores", ou de "vingança em razão do consumo/tráfico de entorpecentes", e assim por diante. Qualificadoras assim articuladas, se não foram objeto de rejeição da denúncia, não merecem prevalecer em sede de pronúncia.

Este proceder decorre basicamente da inaptidão do ato acusatório, que formalmente é defeituoso, ou da ausência de suporte probatório que é suprida pela criação mental do acusador.

O grau de indeterminação decorrente do emprego de fórmula genérica impede o contraditório e a ampla defesa, pois não sabe a defesa do que se defender, e impede o pronunciamento do juiz natural, que não sabe o que pronunciar. E haverá toda a oportunidade para o arbítrio no juízo da causa.

A pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, como corriqueiramente se afirma, de modo que o juiz julga o fato denunciado à luz das provas

obtidas em instrução, pelo que à míngua de oportuno aditamento a qualificadora deve ser excluída, e não admitida judicialmente a acusação capenga.

Este rápido exame das qualificadoras de motivação fútil e torpe permite a indicação de alguns elementos a serem examinados na pronúncia e que servem a todas as demais.

São três os métodos de que se vale o Código Penal para qualificar o homicídio. Como se dá na motivação fútil, há o emprego de um elemento normativo que obriga o intérprete a alcançar o sentido e a finalidade da lei. Como se dá no homicídio mercenário, a lei descreve o fato qualificante em seus elementos essenciais, impondo ao intérprete a tarefa mais singela de examinar a comprovação ou não de tal fato. Por fim, pode a lei utilizar-se da equiparação analógica como se dá na cláusula *outro motivo torpe*, o que obriga o intérprete a interpretar extensivamente o tipo qualificador.

Em qualquer dos métodos descritivos empregados pela lei, há de inicialmente verificar-se a demonstração do fato dito qualificante, sem o que não há que se cogitar da admissibilidade da qualificadora. Seguidamente, o intérprete deve verificar se há vínculo efetivo entre tal fato e a prática do crime, afirmando assim o elemento subjetivo. Por fim, deve o intérprete realizar o juízo de valor acerca deste fato, admitindo-o ou não como qualificante conforme a previsão abstrata da norma.

A terceira fase, de realização do juízo de valor sobre o fato qualificante, dispensa-se nas hipóteses em que a descrição do tipo com elementos meramente objetivos já contém este juízo de valor (mediante fogo, asfixia, promessa de recompensa etc.). Se há o emprego de elemento normativo, como na futilidade, a noção deste elemento orienta o raciocínio. Se de outro modo o recurso legal é o da equiparação analógica, é a noção e o sentido do tipo que servem de referência que haverá de orientar o intérprete (a traição em relação ao emprego de recurso dificultante da defesa etc.).

Admitido o esquema proposto, que não se pretende perfeito e definitivo, é mais fácil a compreensão do processo de cognição e julgamento do crime qualificado, pois a fluidez que geralmente orienta este processo é substituída por elementos mais precisos e claros a respeito da qualificadora.

i) Este processo de cognição mais preciso permite também melhor compreensão do conteúdo da decisão de pronúncia, bem como o exame crítico de uma máxima usualmente repetida e que vem a ser aquela já citada, segundo a qual a qualificadora não manifestamente improcedente não deve ser excluída.

A fórmula em questão expressa que a dúvida do juiz pronunciante encontra solução na pronúncia. Como procuramos demonstrar acima, não se justifica esta fórmula pela visão mítica de que o júri é o juiz natural da causa ou que é vedado o exame de mérito ao término do sumário de culpa. Isto observado, resta admitir que a fórmula em questão resta isolada e pode ser entendida tão-somente em função da inversão do benefício da dúvida, que estranhamente favorece a acusação.

Antes também procuramos demonstrar rapidamente que o benefício da dúvida em favor da acusação é bem mais restrito do que parece, pois não pode alcan-

çar a materialidade do crime, a respeito da qual a lei exige prova plena, o que alcança a qualificadora.

Se a fórmula agora discutida tem alguma validade, o que nos parece incorreto em razão do simples fato de que o *in dubio pro reu* é que orienta todo o processo de interpretação e aplicação da lei penal, nosso objetivo agora é verificar exatamente em que elementos da qualificadora a alegada exceção pode se aplicar, a despeito da restrição que apontamos, e verificar o que realmente se processa no raciocínio jurídico.

Não pode haver dúvida se foi o fogo ou a água o meio empregado para a execução do crime. A qualificadora do inc. III do § 2.º do art. 121 do CP, dado o seu caráter objetivo, não permite dúvida tão absurda como já afirmamos.

Se assim é, não pode haver dúvida da procedência da acusação em relação ao fato qualificante em hipótese alguma. O fato deve ser absolutamente procedente, não para que se autorize a pronúncia, mas para que seqüencialmente sejam aferidos os demais elementos do crime qualificado. Se há dúvida sobre a existência do fato tido como qualificante, a acusação falhou, e então não lhe beneficia a dúvida pela simples razão de que isto não pode existir em razão da regra do art. 408 do CPP.

A dúvida sobre a procedência da qualificadora pode existir sobre o seu elemento subjetivo. Se foi realmente aquele fato que motivou o agente, não se sabe com firmeza ao término do sumário de culpa.

Esta dúvida sobre o elemento subjetivo pode objetivamente decorrer de variadas hipóteses retratadas nos autos. Por exemplo, existem mais fatos demonstrados e que igualmente podem ter motivado o agente. A dúvida pode surgir porque o réu demonstra que o motivo do crime foi outro, ou seja, a defesa prova motivação distinta.

Se há concurso de motivos, e desde que isto não torne inviável aquele que aponta a acusação, a pronúncia é admissível. Se porém o concurso de motivos desfaz a viabilidade daquele eleito pela acusação, não há mais dúvida e a exclusão da qualificadora é necessária.

Tomemos o seguinte exemplo. A acusação diz fútil o crime porque moveu o agente o fato de a vítima empinar pipa no seu quintal. A instrução revela que a circunstância em tela, por parte da vítima, era mero pretexto para importunar sexualmente a filha do acusado. É claramente insubsistente a futilidade e não haverá dúvida de procedência sobre o alegado pela acusação que justifique a pronúncia.

O concurso de motivos devidamente comprovados e não excludentes entre si não autoriza porém a pronúncia de maneira singela. Em relação àquele eleito pela acusação, haverá necessariamente de haver um vínculo de pertinência lógica com o delito, ou seja, o exame das provas deve revelar aquele fato como logicamente apto a gerar a manifestação criminosa.

No exemplo acima, não haveria o vínculo lógico a que nos referimos se, por exemplo, delimitada a acusação no fato de a pipa ostentar as cores e o símbolo de um time de futebol, caso sabido nos autos que o acusado é torcedor de tal time

como a vítima. Já porém se fossem réu e vítima torcedores de times distintos, e digamos aquele da vítima acabara de vencer partida contra o do réu, o vínculo lógico da futilidade se revelaria.

O elemento que é denominado subjetivo pode apresentar outro perfil, como na hipótese do emprego de fogo. Há prova sobre o fogo como meio causador do evento morte. Mas não se sabe se realmente o acusado dele se utilizou, ou se houve o fogo acidental. Ou então a defesa da vítima foi impossível, mas não se percebe com a necessária clareza se o agente criminoso procurou tal situação de vantagem. Trata-se do dolo de qualificar.

Nestas hipóteses, a natureza da qualificadora em discussão aponta de acordo com a lógica a sua viabilidade, desde que evidentemente não produzida prova claramente excludente. Assim como o emprego de arma de fogo disparada contra a cabeça indica o dolo homicida, haverá em hipóteses semelhantes indicativo forte e seguro da viabilidade da qualificadora. Não se trata exatamente de manifesta improcedência exigida para a exclusão da qualificadora, mas de sua pertinência lógica como pressuposto formal do exame de mérito.

Em suma, em tema daquilo que denominamos elemento subjetivo, tanto que provado o fato alegado, o que se verifica em fase anterior, e tanto que inexistente qualquer prova excludente deste elemento subjetivo, sua admissibilidade se justificará na medida em que presente um vínculo de pertinência lógica com o crime. Isto, pensamos, expressa melhor o processo de julgamento do que a fórmula confusa da manifesta improcedência.

Vejamos por fim o elemento correspondente ao juízo de valor, que ocorre especialmente nos casos de emprego de elemento normativo do tipo e equiparação analógica. A que exatamente corresponde a dúvida que se relaciona com a fórmula da manifesta improcedência é o que devemos entender.

Foi anteriormente mencionado que hipóteses há em que o juiz togado examina o mérito e exclui a qualificadora, como em regra a grave discussão precedente à futilidade. Há também inúmeras hipóteses em que se afirma, por exemplo, duvidosa a futilidade, o que enseja a pronúncia. Em ambos os casos, bastante comuns, é forçosa como já afirmamos a admissão de que se opera juízo de mérito. No primeiro é induvidoso o juízo de mérito, ou estreme de dúvida, ao passo que no segundo é duvidoso.

No primeiro caso em exame, há verdadeiro julgamento antecipado, no qual se empregam conceitos doutrinários ou jurisprudenciais consagrados que permitem a negação do juízo de valor que pretende a acusação. Parece claro que o exame crítico da qualificadora é negativo.

No segundo caso, os mesmos conceitos não ensejam o exame crítico negativo, e então pronuncia-se. A pronúncia só pode existir porque, primeiro, o exame crítico não é negativo. Noutro extremo está a hipótese em que ele é claramente positivo, como no caso daquele que se aproveita do sono da vítima para matá-la, hipótese em que o problema não se coloca. Percebe-se pois que a admissibilidade da qualificadora pela afirmação de seu juízo de valor situa-se na zona cinzenta entre o inadmissível e o claramente admissível.

Na medida em que o juízo de valor situa-se na zona cinzenta entre o inadmissível e o admissível, o juízo de valor que diz a acusação existente não é manifestamente improcedente, e então a qualificadora poderá ser admitida.

A jurisprudência por vezes emprega a expressão *em tese a qualificadora se verifica*, que em nosso entender melhor identifica o raciocínio operado. O que se verifica neste caso, é que o processo de interpretação do fato revela possível a subsunção à norma penal, que por empregar elemento normativo ou equiparação analógica autoriza algum "arbítrio" do julgador.

É o "arbítrio" que se defere ao conselho de sentença, e não a dúvida. Os esquemas lógicos de interpretação e aplicação do direito se revelam abstratamente possíveis, e então autoriza-se a admissão da qualificadora. Mas não será possível tal proceder se ao juiz pronunciante não parecer possível a subsunção de acordo com o juízo de valor que ele fizer e que está obrigado a fazer, pois é sim juiz natural da causa.

Em suma, tentamos aqui demonstrar que a fórmula discutida é realmente vazia de conteúdo e não expressa o raciocínio jurídico, pelo que melhor é que seja abandonada.

Alguns julgados mais recentes têm empregado a seguinte fórmula para sintetizar o exame das qualificadoras: deve haver indícios das qualificadoras.[17] Não nos agrada a expressão, muito embora seja vantajosa em relação à outra. A vantagem ocorre porque a fórmula se vale de elemento técnico para descrever a exigência. A censura é simples e se resume ao argumento de que indícios a lei exige em relação à autoria, e não em relação ao crime.

Ao invés do emprego de fórmulas genéricas, é melhor que o exame da qualificadora, segundo o esquema por nós proposto ou outro que apresente vantagens, se faça mediante a indicação precisa das etapas do raciocínio do juiz togado, indicando-se exatamente qual é o objeto discutido e/ou decidido, sempre sem prejuízo do necessário exame pelo conselho de sentença, que deverá repetilo em todas as suas fases.

É até necessário que o juiz pronunciante se refira explicitamente ao que decide, apontando, por exemplo, a concorrência de motivos, ou a natureza do meio empregado como indicativo do dolo de qualificar, a hipotética futilidade etc. Se a pronúncia é juízo de admissibilidade da acusação, deve ela explicitar o que e como admite.

Além de satisfazer a garantia do juiz natural que representa o togado, isto também satisfaz a exigência constitucional de motivação da decisão[18] e, fundamental, orienta a lógica do julgamento pelo conselho de sentença a partir de premissas estabelecidas pelo ato jurisdicional. Esta função diretiva da pronúncia existe e deve existir, não se confundindo com a devida imparcialidade cujo significado é a vedação do condenar ou absolver.

(17) Confira-se dentre outros o REsp 178.229-DF, relatado pelo Min. Felix Fischer, publicado na *RT* 766/578.

(18) Sobre o assunto, vide o HC-74351-RJ da 1.ª T. do STF, relatado pelo Min. Celso de Mello e julgado à unanimidade em 29.10.1996.

O importante, a título de encerramento deste tópico, é destacar que nos casos em que se pronuncia sob o argumento da manifesta improcedência, o que se faz é admitir os pressupostos lógicos do exame de mérito pelo conselho de sentença. Não há dúvida, mas fixação dos elementos lógicos da qualificadora e seus vínculos com o crime.

O problema portanto não é a dúvida, que não deve existir, mas sim outro anterior a ela. Não há razão para a exclusão da qualificadora porque ela provisoriamente se evidencia de acordo com o convencimento do juiz, que se socorre da doutrina e jurisprudência, e a necessidade de não tolher o exame do conselho enseja a explicitação do raciocínio do juiz pronunciante sob o prisma formal. Se porém este raciocínio não é possível, faltam as premissas do julgamento e a exclusão da qualificadora é feito. Pode haver neste caso certeza ou incerteza sobre os elementos constitutivos das premissas do julgamento; pouco importa: de um ou outro jeito a qualificadora será inviável.

5. Qualificadora, libelo e quesitação

O libelo-crime acusatório como peça obrigatória no procedimento do júri tem sofrido severas críticas que se resumem na sua inutilidade e complexidade, e apontam no sentido de sua extinção. Não pretendemos aqui discutir o problema, muito embora seja necessário afirmar que o libelo não é peça inútil e sua extinção significará o coroamento do vale-tudo processual no procedimento do júri, ambiente propício à prevalência da doutrina da Lei e da Ordem.

Remetemos o leitor interessado à brilhante análise e defesa do libelo que faz Sergio Pitombo.[19] Nosso interesse neste tópico é discutir o libelo e a quesitação do crime qualificado.

O questionário é destinado a fornecer as bases racionais do julgamento, e sua precisão (a do questionário) é o elemento mais significativo de que o réu é julgado por fato certo e determinado em todos os seus elementos e circunstâncias. Não nos é dado conferir aos jurados a discricionariedade absurda de julgar sumariamente, como também não nos é dado impor a eles o desgraçado ônus de assim proceder.

O libelo-crime acusatório sofre restrições decorrentes do conteúdo da pronúncia, deve atender ao princípio da ampla defesa e também deve orientar-se como antecedente lógico dos quesitos em conformidade à exigências destes.

Dois problemas fundamentais se verificam em relação ao libelo, e conseqüentemente em relação ao questionário: o primeiro diz respeito à descrição da qualificadora, essencial no libelo e no questionário; o segundo diz respeito à forma de articulação, mais importante na quesitação.

O problema relativo à descrição do crime qualificado é tão simples quanto evidentes são as violações de sua técnica verificada no foro.[20]

(19) "Supressão do libelo", *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

(20) Sobre o mesmo assunto, vide o estudo sobre quesitação de José Henrique Rodrigues Torres. *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

Muitos fazem a descrição do tipo penal qualificado, quando evidente há de ser descrito o fato qualificante. São usuais os articulados que se limitam a afirmar que o crime foi cometido por motivo fútil ou torpe, ou mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa.

O equívoco é manifesto, e não se pode transigir com as exigências do sistema sob pena de inviabilizar-se a defesa e o julgamento.

Mais sutis são as descrições que têm aparência de regularidade, mas na verdade são incompletas ou indeterminadas. Algumas recheadas de adjetivações e omissas quanto a substantivos que definam a acusação. O risco é o mesmo do caso anterior, como idêntico é o risco da manipulação da acusação em plenário.

Nada diz, e não atende às exigências legais, o libelo que afirma torpe o motivo do crime em razão de vingança. Como nada significa afirmar futilidade em razão de desentendimentos anteriores. Ou a surpresa que impediu a defesa da vítima. Ou a prática homicida com vistas à impunidade de crimes anteriores.

Estes exemplos revelam hipóteses de descrições genéricas porque não fixam com exatidão o fato qualificante do delito. É necessário afirmar-se o fato gerador da vingança, o desentendimento motivador do crime, o fato que surpreendeu a vítima ou o crime cuja impunidade foi pretendida.

Se não há possibilidade de se fazer a descrição completa, é porque não há viabilidade da pretensão acusatória, exercício a que pode se dedicar o juiz pronunciante antes de admitir a qualificadora.

Problema que se tem verificado é o da inadmissível formulação alternativa, bastante comum na fórmula de equiparação analógica ao crime de emboscada, dissimulação ou traição. São comuns os libelos que afirmam, a par da descrição genérica, que a surpresa ou ataque de inopino dificultaram ou impediram a defesa da vítima.

Parece bastante claro que dificuldade e impossibilidade da defesa são noções distintas, apesar de próximas. A defesa bem elaborada se orientará de forma diversa numa ou noutra alternativa, e restará prejudicada com tal proceder.

Alguns libelos têm a pretensão de realizar exame crítico da decisão de pronúncia para julgá-la equivocada e retomar o conteúdo da denúncia, seja na tipificação da qualificadora, seja na sua descrição.

Trata-se de proceder irregular que não pode ser admitido, pois a pretensão do libelo existe na medida da pronúncia, e não da denúncia.

A crítica às decisões judiciais de rejeição nestes casos podem ser resumidas num argumento perigosamente derivado da alegada inutilidade do libelo. Afirma-se que a matéria já foi bem discutida nos autos e a defesa tem conhecimento dela.

O libelo é a "citação" do *judicium causae*, e como tal não pode presumir absolutamente nada, o que de resto não admite o princípio da imutabilidade da acusação e a garantia constitucional da ampla defesa.

O segundo problema destacado diz respeito à forma de articulação da qualificadora, que como dissemos tem maior importância no questionário.

Tradicionalmente o crime qualificado é quesitado em indagação única que se submete ao jurado: o crime foi cometido por motivo fútil, tal seja, recusar a vítima empréstimo de dinheiro ao réu?

Numa só pergunta indaga-se ao jurado todos os elementos do crime qualificado. O risco que tal fórmula contém é o de inibir a construção lógica do raciocínio do jurado, quando não induzir seu raciocínio.

Tentamos estabelecer alguns elementos do crime qualificado e que consistem na existência do fato, na sua vinculação subjetiva com o crime e no juízo de valor. Parece-nos claro que a quesitação deve obedecer a esta lógica de modo a permitir que o jurado verifique e emita seu julgamento sobre cada qual destes elementos, o que impõe o desdobramento do quesito do crime qualificado.[21]

No exemplo oferecido, a quesitação deveria ser decomposta em três perguntas: a primeira sobre a recusa do empréstimo; a segunda sobre ter o réu agido por conta disto; e a terceira sobre tal proceder revelar-se fútil.

A formulação ora proposta apresenta a vantagem de exemplificadamente possibilitar ao jurado que, não obstante o reconhecimento do problema relativo ao empréstimo de dinheiro, isto é, da existência do fato qualificante, venha a negar sua vinculação subjetiva com o crime ou o juízo de desproporcionalidade caracterizador da futilidade.

Evidentemente pode o juiz togado, na medida das teses articuladas em plenário, abreviar ou mesmo expandir o modo de quesitação, pois haverá caso em que nenhuma utilidade haverá no desdobramento se à defesa somente interessa a negativa de autoria.

O importante é que jamais seja o jurado inibido ou induzido, digamos a imaginar que a negativa de empréstimo é intrinsecamente fútil como sugere a quesitação única e se demonstra com o emprego de expressões como "tal seja" e "ou seja".

O desdobramento proposto é em nosso entender imprescindível e obrigatório para a quesitação, não se exigindo tal rigor do libelo, que basta ser claro, preciso e definido quanto à qualificadora.

É certo que esta proposição pode tornar o questionário e a votação mais extensos ou difíceis, o que não se confunde com a complexidade que a lei veda. Mas o questionário não é algo que se destina a ofertar conforto e simplicidade ao jurado. Aliás, nada no processo é destinado a dar conforto aos seus operadores, sejam eles jurados, juízes togados etc. A idéia é a de garantia.

6. Conclusão

Em voto proferido, o Des. Almeida Sampaio assinalou que a soberania do júri não fulmina as garantias do devido processo legal.[22] É indiscutível que o juiz

(21) Este procedimento vem sendo adotado pelo Juiz Eduardo Marcondes na 1.ª Vara do Júri de São Paulo.

(22) TJSP, 1.ª Câm. Extra., ApCrim 201.043-3/2-SP, j. 10.12.1997, v.u.

togado deve exercer a função de garantia do devido processo legal no procedimento do júri, como parece evidente tolice imaginar que ao juiz leigo é que tocasse tal tarefa.

O vale-tudo processual a que nos referimos mais de uma vez nestas linhas, e com o qual pretendemos caracterizar a influência da doutrina da Lei e da Ordem, tem encontrado facilitação na inconsistência das noções e conceitos que se aplicam no júri.

Este vale-tudo se inicia com a crise inflacionária de qualificadoras em denúncias criativas, a respeito do que a jurisprudência vem esboçando saudável mas insuficiente reação, motivo pelo qual sugerimos um pouco mais de ousadia na aplicação da lei mediante compromisso com princípios básicos do estado de direito.

Procuramos demonstrar como são vagos e destituídos de sentido os conceitos e noções utilizados, bem como sugerimos um esquema de análise das qualificadoras que oriente não apenas a pronúncia, mas também o libelo e a quesitação, de modo a garantir um julgamento justo que, não temos dúvida em apontar, tem sido como regra recusado pelo juiz togado.

As idéias aqui alinhavadas se destinam à crítica e ao aperfeiçoamento, mas desde logo nos parecem aplicáveis em benefício da instituição do júri.

Para que o júri se consolide como instituição democrática da justiça, é preciso que o juiz togado, desde o limiar da ação penal, assuma suas funções de juiz natural e garante, de modo a impedir o perigoso alargamento da doutrina da Lei e da Ordem que hoje se vê articulado quase que de maneira irresponsável no júri à imagem do vale-tudo processual.

Se no passado se encarou o júri como justiça sem limites a serviço da injustiça dos poderosos, como talvez ainda no presente em porções diminutas do território nacional isto seja verdadeiro, hoje percebemos que esta justiça sem limites continua a serviço da injustiça dos poderosos, não mais para fazer campear a impunidade, como dizia Frederico Marques, mas sim para operar um sistema punitivo brutal que se volta contra a população.

Bibliografia

ALMEIDA, Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo : RT, 1975.

BÁRTOLI, Márcio. "O princípio *in dubio pro reu* na pronúncia", *RBCCrim* de lançamento, 1992.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro : Borsói, 1965. vol. IV.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. "Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva", *Rev. Bras. Crim. e Dir. Penal* 13, 1966.

GRECO FILHO, Vicente. "A pronúncia", *Tribunal do júri*, São Paulo : RT, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1953. vol. V.

ITAGIBA, Ivair Nogueira. *Do homicídio.* Rio de Janeiro : Forense, 1945.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri.* São Paulo : Saraiva, 1963. vol. 1.

MARREY, Adriano e outros. *Teoria e prática do júri.* 6. ed., São Paulo : RT, 1997.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "Supressão do libelo", *Tribunal do júri.* São Paulo : RT, 1999.

PORTO, Hermínio Marques. *O júri.* São Paulo : Malheiros, 1996.

TORRES, José Henrique Rodrigues. "Quesitação". *Tribunal do júri.* São Paulo : RT, 1999.

VERGARA, Pedro. *Das circunstâncias agravantes.* Rio de Janeiro : Forense, 1948.

2.3

INTRODUÇÃO À DOGMÁTICA FUNCIONALISTA DO DELITO – Em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal" de Roxin*

LUÍS GRECO**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Plano da investigação – 3. O sistema naturalista – 4. O sistema neokantiano – 5. O sistema finalista – 6. O sistema funcionalista ou teleológico-racional – 7. A moderna discussão dos conceitos da parte geral: 7.1 Conceito de ação; 7.2 Tipo e imputação objetiva; 7.3 Relações entre tipicidade e antijuridicidade; 7.4 Posição sistemática do dolo; 7.5 Conteúdo do dolo e consciência da ilicitude; 7.6 Culpa e dever de cuidado; 7.7 Causas de justificação; 7.8 Culpabilidade; 7.9 Punibilidade – 8. Conclusão – Apêndice – Bibliografia.

Resumo: Trata-se de um estudo que tenta descrever o que tem ocorrido na teoria do delito nas últimas três décadas, no intuito de introduzir o leitor brasileiro ao sistema funcionalista do delito. Este sistema, já dominante há vinte anos na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, ainda é completamente desconhecido do público nacional, inexistindo, que eu saiba, qualquer trabalho de autores brasileiros a seu respeito. É para suprir esta lacuna, portanto, que o escrevi, e o apresentei no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, em Salvador. É um trabalho mais didático que crítico.

Numa primeira parte, faço um histórico da teoria do delito, começando no naturalismo, passando pelo naokantismo até chegar ao finalismo. Numa segunda parte, apresento o teor das propostas dos dois funcionalistas mais importantes da atualidade: Roxin e Jakobs. E, por fim, desço aos conceitos da teoria do delito, e apresento o estado atual das discussões a seu respeito. Acrescentei depois um apêndice, resumindo a apresentação oral do trabalho.

Palavras-chave: Sistema – Metodologia – Teoria do delito – Funcionalismo – Teleologismo – Política criminal – Conceito de crime.

(*) Texto do trabalho apresentado (com algumas modificações) no I Congresso de Direito Penal e Criminologia, ocorrido na UFBA, nos dias 13 e 15.04.2000, no painel sobre o "Funcionalismo no Direito Penal". No item IX, acrescentei um apêndice, que contém um resumo dos pontos abordados durante minha apresentação oral e a discussão que se lhe seguiu.

(**) Agradeço ao Prof. Leonardo Greco e aos amigos Fernando Gama, Roberto Vasconcellos e Cláudia Cruz pela revisão.

1. Introdução

"O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal".[1] Com esta frase, pronunciada nesse que talvez seja o livro mais importante das últimas décadas na ciência jurídico-penal, dava a doutrina seu adeus ao finalismo, inaugurando uma nova era em seus esforços dogmáticos: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito. Ainda assim, nós, brasileiros, estamos quase que completamente alheados a toda essa evolução. O máximo que sucede é encontrarmos cá e lá observações, ou de crítica total, ou de adesão incondicional, ao novo sistema, sendo poucas as manifestações verdadeiramente fundadas e esclarecidas.

Ao que parece, porém, esta situação vai aos poucos se alterando. Pode ser tido como um sintoma do interesse por este novo "ismo" o fato de que o I Congresso de Direito Penal e Criminologia, promovido em Salvador, lhe tenha consagrado um de seus painéis. Mas o estudante, que provavelmente já teve dificuldades em compreender o finalismo – e que deve estar ainda mais confuso em face de certas inovações brasileiras[2] –, ficará certamente perplexo diante desta nova tendência, ainda mais porque, ao contrário do finalismo, não provoca ela alterações tão visíveis no sistema, tais como deslocar o dolo para o tipo, mas parece manter, ao menos em seu aspecto exterior básico, o modelo finalista.[3] É no intuito, portanto, de esclarecer o que seja o funcionalismo que escrevo este trabalho, o qual terá por isso mesmo cunho essencialmente descritivo, valendo-se de várias referências bibliográficas, sem excluir uma tomada de posição conseqüente no sentido do novo sistema.

2. Plano da investigação

Se há na dogmática penal algum conhecimento que se manteve quase inalterado desde os alvores do século, é o *conceito de crime* como ação típica,

(1) Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1973. p. 10; e na tradução brasileira, de minha lavra, *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 20.

(2) Certo setor da doutrina brasileira, esquecendo o ponto de partida jusfilosófico do finalismo, resumiu-o em duas idéias centrais, das quais só a primeira é correta: dolo no tipo, culpabilidade fora do conceito de crime. O estudante deve acautelar-se contra esta última invenção, ficando ciente de que nem Welzel, nem Maurach, nem Hirsch, nem finalista algum a defendeu. Por sorte, o engano vem sendo esclarecido por um setor mais comedido da doutrina brasileira: Luíz Régis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT. 1999, p. 223 *et seq.*; Cézar Bittencourt, *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999. p. 317 *et seq.*; Zaffaroni/Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997, n. 345 *et seq.* Continua referência obrigatória a respeito do finalismo a clássica obra de Fragoso. *Lições de direito penal – Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

(3) Apesar das múltiplas variações, veja-se abaixo item 7.

antijurídica e culpável.[4] Enquanto isso, o conteúdo que se adscreveu a cada uma dessas categorias se alterou profundamente, de modo que se faz mister examiná-las mais a fundo.

Creio didático começarmos por um rápido e esquemático esboço da evolução da teoria do delito,[5] partindo do início do século, do sistema naturalista, passando pelo neokantiano, para depois irmos ao finalista. E isso não só por ser impossível que o estudante compreenda o funcionalismo, se não está familiarizado com os movimentos metodológicos anteriores, como também porque, enquanto síntese entre tendências dos movimentos anteriores, ele os pressupõe.

3. O sistema naturalista

O sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por *conceitos avalorados*, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia.

O sistema tem caráter eminentemente *classificatório*. Tem-se uma quantidade de elementares, que são distribuídas pelas diferentes categorias do delito do modo mais seguro e objetivo que se pode imaginar: através de critérios formais, sem atender minimamente ao conteúdo.

Assim é que o conceito de ação surge como o *genus proximum*, sob o qual se subsumem todos os outros pressupostos do crime.[6] É um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo externo.[7]

(4) Mas ainda aqui há pequenas variantes, como as que suprimem o conceito de ação, ou as que fundem a tipicidade e a antijuridicidade, ou acrescentam um quinto elemento, a punibilidade. Sobre as inovações de certo setor da doutrina brasileira, qual seja, a de retirar a culpabilidade do conceito de crime em nome da teoria finalista da ação, veja-se a nota 2.

(5) Além da bibliografia referida nas notas, consultei, para a elaboração deste panorama evolutivo, principalmente as seguintes obras: Jescheck/Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996. p. 194 *et seq.*; Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1997. vol. I, § 7; Schünemann. "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 1 *et seq.*; e o nosso Juarez Tavares. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.

(6) Radbruch. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, reedição de 1967 da obra de 1904, p. 71-72.

(7) Liszt. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguet & C. Editores. 1899. t. I, p. 193; adotam o conceito de Liszt

Logo depois, assim que adentramos nas categorias jurídicas do delito, começa a distribuição classificatória das elementares. Existem elementares objetivas e subjetivas, descritivas ou valorativas. O positivista age de modo unívoco, classificando por critérios formais: tudo que for objetivo é posicionado no injusto; já o subjetivo vai para culpabilidade. E tudo que houver de valorativo cai na antijuridicidade; o tipo e a culpabilidade são puramente descritivos.

O sistema acaba com a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. O tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior. A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologisticamente conceituada como a relação psíquica entre o agente e o fato.

Este método naturalista de construção de conceitos já foi objeto de muitas críticas, com as quais até está familiarizado o estudante brasileiro. Além de ser incapaz de resolver inúmeros problemas sem cair em contradições,[8] apontaremos as duas que julgamos fundamentais: o direito, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas. O fato, por exemplo, de a causa ser a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido[9] não implica que o direito penal se contente

também Aníbal Bruno. *Direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967. t. I, p. 296; e Jimenez de Asúa. *Tratado de derecho penal.* 3. ed. Buenos Aires : Editorial Losada, 1965. t. III, p. 331 (n. 1.046), se bem que já livres da sistematização do naturalismo. O naturalismo de Liszt fica ainda mais patente na definição que dá esse autor da comissão (op. cit., p. 198): "Comissão é a causação do resultado por um ato de vontade. Este apresenta-se como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica, mas por idéias ou representações e efetuada pela enervação dos nervos motores".

(8) As contradições em que o sistema naturalista se envolvia foram um dos pontos preferidos da crítica finalista. Um dos argumentos preferidos do finalismo, que levaria à ruína a tipicidade puramente objetiva, era a inequívoca existência de um elemento subjetivo no crime tentado (Welzel. *Das deutsche Strafrecht.* 11. ed. Berlin : DeGruyter, 1969. p. 40). E como esses atritos sistemáticos também foram encontrados no sistema neokantiano – que mantinha um injusto essencialmente objetivo, apesar de permeado por elementos subjetivos –, os finalistas acabaram por unir essas duas tendências, tão grandemente contrapostas, sob o rótulo de "causalistas", o que gerou imensa confusão entre nós. Pois o estudante brasileiro acaba sendo levado à errônea noção de que tudo que não é finalista é causalista, quando, de certa forma, há muito mais em comum entre o finalismo e o naturalismo que entre este e o neokantismo (mais detalhes abaixo, item 5: a palavra chave é a *falácia naturalista*).

Definitivamente, deve ser abandonado o hábito finalista de chamar de causalista tudo que antecedeu a este sistema.

(9) Assim, por exemplo, o art. 13, do CP. A respeito da fórmula da *conditio sine qua non,* veja-se V. Buri. *Über Kausalität und deren Verantwortung.* Ferdinand Keip Verlag, reedição de 1970 do livro de 1873, p. 1 *et seq.*

com a causalidade para imputar ao autor um delito consumado. O naturalismo conseqüente se vê obrigado a chamar de adúltero aquele que constrói a cama no qual se consuma o adultério, declarando a ação de construir a cama típica e ilícita, porque causadora do resultado, para tentar livrar o marceneiro de pena mediante considerações de culpabilidade (o que, observe-se, nem sempre será possível). O conhecimento da realidade pré-jurídica não resolve problemas jurídicos. Tudo depende da importância que confere o direito ao fato natural, de uma valoração de que este se torna objeto, a qual instantaneamente faz com que ele deixe de ser puramente natural, adentrando o mundo do jurídico. Enfim, o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de *falácia naturalista*:[10] parte do pressuposto de que o ser é capaz de resolver os problemas do dever ser, ou, noutras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia.

O segundo defeito é o *caráter classificatório e formalista do sistema*, que imagina que todos os problemas estão de antemão resolvidos pela lei, bastando a subsunção desvalorada e automática para dar-lhes o tratamento mais justo e político-criminalmente correto. Assim é que, por exemplo, o nosso marceneiro, se soubesse (dolo) que a cama que constrói seria usada em um adultério, teria de responder por adultério, o que é um evidente absurdo.

4. O sistema neokantiano

O sistema neokantiano ou neoclássico do delito é fruto da superação do paradigma positivista-naturalista dentro do direito. Com a filosofia de valores do sudoeste alemão (*Windelband, Rickert*), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores.[11] Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas –, o que implica referi-los a finalidades e a valores.

Substitui-se, portanto, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um *sistema teleológico, referido a valores*. Ao invés de distribuir as elemen-

(10) A respeito, vejam-se as rápidas indicações de Ottfried Höffe. *Immanuel Kant*. Trad. Marshall Farrier. New York : State University of New York Press, 1994. p. 164. Este conhecimento costuma ser atribuído a Hume. *A treatise of human nature*. London : Penguin, 1985. livro III, parte I, seção I (p. 507 *et seq.*). Sousa e Brito. "Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung". In Schünemann/Figueiredo Dias (eds.). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln : Carl Heymanns Verlag, 1995. p. 71 *et seq.*, (p. 71), esclarece as diferenças entre a conclusão dedutiva das ciências do ser e o silogismo prático, que fundamenta o juízo de dever ser, mostrando a impossibilidade lógica de saltar de um plano a outro.

(11) Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*. 6. ed. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1991. p. 92 *et seq.*

tares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, começou-se por buscar a *fundamentação material* das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, no passo seguinte, proceder à *construção teleológica dos conceitos*, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível.

Em alguns autores,[12] o conceito de ação perde sua importância, preferindo-se começar de pronto com o tipo, tendência essa, porém, que não parece ter sido majoritária.

O tipo é compreendido materialmente, deixando de ser a descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, antijuridicidade tipificada,[13] em que também existem elementos subjetivos e normativos. A distinção entre tipo e antijuridicidade perde sua importância, florescendo em alguns autores[14] a teoria dos elementos negativos do tipo, que vê na ausência de causas de justificação um pressuposto da própria tipicidade.

A antijuridicidade deixa de ser formal, contrariedade à norma, para tornar-se material: lesividade social.[15] Com isso abriu-se espaço para a sistematização teleológica das causas de justificação e para a busca de seu fundamento, que era buscado em teorias que consideravam lícito o fato que fosse "um justo meio, para um justo fim",[16] ou aquelas ações "mais úteis que danosas".[17]

A culpabilidade torna-se culpabilidade normativa:[18] juízo de reprovação pela prática do ilícito típico. Florescem as discussões em torno do conceito de exigibilidade.[19]

Em virtude da crítica finalista, que reuniu ambos os sistemas neokantiano e naturalista sob o mesmo rótulo, de causalistas, chegou-se mesmo a desprezar a

(12) Radbruch. "Zur Systematik der Verbrechenslehre". *Festgabe für Reinhardt Frank*. 1930, reedição de 1969. vol. I, p. 158 *et seq.* (p. 161-162).

(13) Mezger. *Tratado de derecho penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid : Ed. Revista de Derecho Privado, 1955. t. I. p. 364; Sauer. *Derecho penal – Parte general*. Trad. da 3. ed. alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956. p. 111: "tipicidad es antijuridicidad tipificada".

(14) Por exemplo, Radbruch. *Zur Systematik...*, p. 164. Note-se, porém, que Mezger e Sauer, apesar de bem próximos desta concepção, não a defenderam expressamente. Sauer diz que sua doutrina se distingue da teoria dos elementos negativos do tipo mais por uma questão de terminologia (*Derecho penal...*, p. 103-104).

(15) Veja-se, entre outros, Sauer. *Derecho penal...*, p. 95.

(16) Era a chamada teoria do fim (Zwecktheorie), defendida por Dohna. Veja-se, a respeito, Roxin, *Strafrecht...*, p. 14-38; Luzón Peña. *Aspectos essenciales de la legítima defensa*. Barcelona : Bosch, 1978. p. 90 *et seq.*

(17) Sauer. *Derecho penal...*, p. 101.

(18) Frank. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Giessen : Alfred Töpelmann Verlag, 1907. p. 11: "Culpabilidade é reprovabilidade".

(19) Fundamental é o pequeno estudo de Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1922.

capacidade de rendimento do método referido a valores, acusando-o de não passar de um aprofundamento nos dogmas do positivismo,[20] incapaz de resolver sem atritos problemas como o da tentativa. Porém, como se verá logo adiante, a *materialização* das categorias do delito e a *construção teleológica de conceitos*, que escapam tanto ao formalismo classificatório como à falácia naturalista do sistema anterior, compõem justamente o legado permanente do neokantismo, que hoje não cessa de ser valorizado pelo funcionalismo.

Porém, e neste ponto a crítica do finalismo, que logo abaixo veremos, não deixa de ter sua razão, o neokantismo pagou um preço alto para livrar-se da falácia naturalista, que foi isolar-se da realidade num *normativismo extremo*. O neokantiano parte do pressuposto de que o mundo da realidade e o mundo dos valores formam compartimentos incomunicáveis, não havendo a menor relação entre eles (*dualismo metodológico*):[21] logo, acaba-se esquecendo que o direito está em constantes relações com a realidade, e que a realidade também influi sobre o direito, mais: que direito e realidade se interpenetram e confundem. Os objetos de regulamentação possuem certas estruturas interiores a que o direito, sem dúvida, deve procurar respeitar;[22] e muitos dados fornecidos pela observação empírica devem conseguir introduzir-se em algum lugar na sistemática do delito.

Se não conseguiu o neokantismo chegar a resultados plenamente satisfatórios em várias questões,[23] isso se deve não à deficiência do método referido a valores, como pensam os finalistas, mas especialmente à *desordem dos pontos de vista valorativos* com os quais os neokantianos trabalhavam, conseqüência

(20) Welzel. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Trad. da 4. ed. alemã de 1962, Milano : Giuffrè, 1965 (p. 287-288), cita Erich Jaensch, para quem o neokantismo seria uma "teoria complementar do positivismo", e vai além, acusando-o de não passar de uma "conservação e reforço do conceito positivista de direito".

(21) A respeito, veja-se Radbruch. *Rechtsphilosophie*, republicação da 3. ed. de 1932. Heidelberg : C. F. Müller, 1999. p. 13 *et seq.*, que fez deste princípio um dos fundamentos de seu sistema filosófico.

(22) Confira-se abaixo, item 5, para a posição dos finalistas, e 6, para a do funcionalismo roxiniano, de que sou partidário.

(23) Podemos citar, especialmente, a problemática do erro: os adeptos do sistema neokantiano sustentavam majoritariamente que o dolo fosse *dolus malus*, compreendendo também a consciência da ilicitude (teoria do dolo), o que levava a conseqüências insuportáveis, benéficas especialmente para o agente insensível às exigências do direito, que, por desconhecer a ilicitude de seu agir, jamais possuiria dolo. Mas, como veremos logo adiante, o método finalista igualmente não é infalível, e a prova mais cabal disso é a teoria estrita da culpabilidade, defendida de modo enérgico por Welzel (*Strafrecht...*, p. 168) e seus discípulos (por exemplo, Armin Kaufmann. "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982, p. 47 *et seq.* (p. 48-50)), que sem cair no extremo da teoria do dolo, cai no extremo oposto, punindo por crime doloso aquele que supõe presentes os pressupostos de justificação. Para o finalista, quem age em legítima defesa putativa age dolosamente.

direta de um postulado essencial neokantiano: o *relativismo valorativo*.[24] O neokantiano chega até a referir-se a valores (método referido a valores), mas não opta entre eles, por julgar uma tal opção cientificamente impossível. E é aqui, na substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e o direito penal dentro de um Estado material de direito, que assenta o funcionalismo, como adiante veremos.[25]

5. O sistema finalista

O sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, para o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: *a lógica da coisa* (Sachlogik). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. Deve, portanto, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica. "Os conceitos científicos não são variadas 'composições' de um material idêntico e avalorado, mas 'reproduções' de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não foram fruto da criação do cientista".[26] Qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea.[27]

(24) Veja-se novamente Radbruch, *Rechtsphilosophie...*, p. 17 *et seq.*, que faz do relativismo valorativo o segundo pilar básico de seu sistema filosófico, ao lado do dualismo metodológico.

(25) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 13 e p. 48 *et seq.*; e, na tradução brasileira, p. 25 *et seq.*, p. 96 *et seq.*

(26) Welzel. "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975. p. 29 *et seq.* (p. 79).

(27) É especialmente claro o seguinte trecho de Welzel: a teoria finalista da ação "(...) parte do axioma de que a matéria e a regulamentação jurídicas não estão, ou pelo menos não completamente, subordinadas ao poder de disposição do legislador, mas de que ele se encontra, isso sim, vinculado a determinadas estruturas lógico-reais, que em certa medida lhe apontam qual é a regulação correta, de modo que quando ele as perca de vista, não atingirá seu objetivo: construirá muito mais uma regulação inadequada, contraditória e lacunosa. Essas estruturas lógico-reais são o objeto eterno da ciência jurídica, que também preexistem ao legislador" (*Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe : C. F. Müller, 1953, p. 4.) Veja-se, também, o trabalho de seu discípulo, Armin Kaufmann, sobre os delitos omissivos, que começa com extensa investigação a respeito da ontologia da omissão, antes de partir para a omissão típica: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen : Otto Schwarz Verlag, 1988, especialmente p. 16 *et seq.*; e entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 160 e 191.

Pode-se apontar, porém, uma outra corrente dentro do finalismo, encabeçada pelo discípulo de Welzel, Stratenwerth. *Das rechtstheoretische problem der* "natur der

A primeira dessas estruturas que importam para o direito, cuja lógica intrínseca ele deve respeitar (chamadas estruturas lógico-reais – sachlogische Strukturen), é a natureza finalista do agir humano.[28] O homem só age finalisticamente; logo, se o direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas.[29] Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo.[30]

É sobre o conceito de ação que se edifica todo o sistema. "A teoria da ação agora desenvolvida é a própria teoria do 'delito'", diz Welzel.[31] Todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular.

O tipo torna-se a descrição de uma ação proibida – deixa de ser um tipo de injusto, tipificação de antijuridicidade, para tornar-se um tipo indiciário, no qual se enxerga a matéria de proibição (Verbotsmaterie).[32] Como só se podem proibir

sache". Tübingen : Mohr-Siebeck, 1957, que assume uma posição mais próxima do neokantismo. As estruturas lógico-reais não teriam existência absoluta, como em Welzel, mas dependeriam de uma prévia valoração, à qual caberia dizer quais dentre elas são relevantes: "As estruturas lógico-reais são – dito de modo definitivo – dados ônticos, que parecem essenciais a partir de determinada perspectiva" (p. 17). E a perspectiva valorativa da qual parte o direito atual é a condição do homem enquanto "pessoa" (p. cit.); uma vez reconhecido que o homem é pessoa, capaz de autodeterminar-se, deve o direito reconhecer também a estrutura finalística de seu agir. Mas como essa primeira valoração poderia ser distinta, as estruturas lógico-reais de Stratenwerth não são absolutas, como em Welzel, mas meramente relativas (p. 24).

(28) Welzel. *Aktuelle Strafrechtsprobleme...*, p. 4: "A mais importante dessas estruturas lógico-reais no direito é a ação".

(29) Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica.* Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976. p. 144.

(30) Niese. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit.* Tübingen : Mohr-Siebeck, 1951. p. 12; Welzel. *Strafrecht...*, p. 61. Já o porquê de a finalidade não dever fazer parte do tipo subjetivo do delito negligente é um problema que os finalistas nunca conseguiram resolver corretamente, nem mesmo após a recente tentativa de Struensee (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em GA 1987, p. 97 *et seq.*), de afirmar um tipo subjetivo na culpa. Não é à toa que ironizou Arthur Kaufmann: "A história da teoria finalista da ação é a história de suas tentativas múltiplas e sempre outra vez modificadas de apreender o delito culposo" ("Die ontologische Struktur der Handlung". *Schuld und Strafe.* 2. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 11 *et seq.*, p. 26).

(31) Welzel. "Studien zum system des Strafrechts", *ZStW* 59 (1939), p. 491 *et seq.* (p. 497).

(32) Welzel. *Strafrecht...*, p. 54; Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica...*, p. 143 *et seq.*; Stratenwerth. *Strafrecht – Allgemeiner Teil.* 3 ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1981. § 7/172; já Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español – Parte general.* 6. ed. 1. reimpressão, Madrid : Tecnos, 1999. vol. II, p. 96, critica a concepção welzeliana, preferindo entender o tipo como tipo de injusto.

ações finais, o dolo integra o tipo. Da mesma forma que os tipos são vistos formalmente, como meras normas proibitivas, também as causas de justificação não passam de tipos permissivos. E como têm por objeto ações finalistas, surge a exigência do elemento subjetivo de justificação.

O ilícito, materialmente, deixa de centrar-se no dano social, ou ao bem jurídico, para configurar um ilícito pessoal (personales Unrecht),[33] consubstanciado fundamentalmente no desvalor da ação,[34] cujo núcleo, por sua vez, é a finalidade.

A culpabilidade, por sua vez, torna-se juízo de reprovação calcado sobre a estrutura lógico-real do livre arbítrio, do poder agir de outra maneira.[35] O homem, porque capaz de comportar-se de acordo com o direito, é responsável quando não age desta forma.

Sem dúvida, foi sadio o apelo do finalismo a que atentássemos para as estruturas lógico-reais. Porém, se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à *falácia naturalista*, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.[36] E certos finalistas foram tão longe em seu culto às estruturas lógico-reais que, sob o argumento de que "o direito só pode proibir ações finalistas", baniram o resultado do ilícito,

(33) Daí a famosa frase de Welzel, *Strafrecht...*, p. 62: "O ilícito é ilícito pessoal, referido a um autor" ("Unrecht ist täterbezogenes, personales Unrecht"); veja-se, também, Armin Kaufmann, *Teoria da norma...*, p. 145.

(34) Welzel. *Strafrecht...*, p. 62; Busch. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. 3. ed. Bogotá : Temis, 1992. (Trad. do estudo de 1949), p. 66: "El delito es en verdad violación o exposición de bienes jurídicos, pero ante todo es la ejecución de una volutad hostil a la sociedad". Essa concepção foi levada ao extremo pela vertente de Armin Kaufmann e seus discípulos: vejam-se Armin Kaufmann, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht". *Festchrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974. p. 393 *et seq.*; Zielinski. *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Berlin : Duncker & Humblot, 1973. p. 143: "O injusto é o ato finalista contrário ao dever – e nada mais do que ele". Para estes autores, o desvalor subjetivo da ação esgota o ilícito, ficando o resultado como mera condição objetiva de punibilidade. A tentativa inidônea (crime impossível) é, portanto, o crime perfeito.

(35) Escreve Welzel: "A culpabilidade (...) fundamenta a reprovação pessoal contra o autor, por não ter deixado de praticar a ação antijurídica, apesar de tal lhe ser possível" (*Strafrecht...*, p. 138). Entre nós, vejam-se Cézar Bittencourt. *Manual...*, p. 345; Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 349 *et seq.*

(36) Gimbernat, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999. p. 101, é irônico: "El método que sigue Welzel es – expresándolo de una manera algo exagerada y polémica – el siguinte. Previamente y antes de tomar contacto com la realidad juridico-penal, examina la estructura ontológica de la acción, afirma que el dolo pertenece al tipo... y, en una asombrosa supervalorición del pensamiento sistemático, decide que ya está todo solucionado".

declarando a tentativa inidônea ou crime impossível o protótipo do delito, que merecia a mesma pena da consumação.[37] Mas não é só na falácia naturalista que se aproxima o finalismo do sistema clássico, como também no *dedutivismo formalista e classificatório*. A materialização das categorias do delito, mérito imorredouro do neokantismo, foi por vezes esquecida. O tipo tornou-se formal, mera matéria de proibição; assim também a antijuridicidade parece voltar a ser inexistência de excludentes de ilicitude. Também a importância excessiva dada ao posicionamento sistemático de certos elementos – se o dolo está no tipo ou na culpabilidade – demonstra a tendência classificatória.[38]

Por fim, e esta talvez seja a crítica mais demolidora, o finalismo, após dar inúmeras contribuições imorredouras para a teoria do delito, parece ter-se *esgotado em sua capacidade de rendimento*. O mais autorizado representante do finalismo, Hirsch,[39] parece nada mais fazer que criticar tudo que vem sido criado desde a morte de seu professor Welzel, chegando mesmo a declarar "duvidoso que, após o esforço espiritual empenhado durante décadas na construção do atual sistema jurídico-penal, seja pensável erigir um novo",[40] os recentes avanços parecem-lhe motivados por um infantil "afã de novidade".[41] O sistema dos finalistas, eterno e atemporal,[42] pretende fornecer soluções acabadas, o que não passa de uma confissão de sua incapacidade de fornecer respostas a complexos problemas

(37) Vejam-se os estudos de Armin Kaufmann e Zielinski, citados à nota 34, e, além deles: Schaffstein, "Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten". *Festschrift für Welzel...*, p. 557 *et seq.*; Suarez Montes. "Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?", na mesma edição comemorativa, p. 379 *et seq.* Também a teoria estrita da culpabilidade, que queria condenar por crime doloso aquele que atuasse na errônea suposição dos pressupostos de justificação, foi outra prova de que nem sempre as estruturas lógico-reais são sensíveis à realidade axiológica, à dimensão do justo e do político-criminalmente correto.

(38) Essa crítica é feita por Schmidhäuser. "Zur Systematik der Verbrechenslehre". *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch.* Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1968. p. 268 *et seq.*, p. 274. Já Engisch. "Sinn und tragweite juristischer systematik". *Beiträge zur Rechtstheorie.* Frankfurt a. M. : Vittorio Klostermann, 1984. p. 88 *et seq.* (p. 122), reconhece bastante importância às discussões sobre a posição sistemática de um conceito: "o material recebe, através de sua localização sistemática, a definição de seu conteúdo", incorrendo numa sobrevalorização inaceitável do pensamento sistemático. A classificação é que deve orientar-se pela matéria jurídica, e não o material pela classificação (veja-se abaixo, 6).

(39) Hirsch. "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel". *Festschrift der Rechtswisschaftlichen Fakultät Köln.* Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988. p. 399 *et seq.*

(40) Hirsch, op. cit., p. 426.

(41) Hirsch, op cit., p. 419.

(42) O finalista Armin Kaufmann. *Teoria da norma jurídica...*, p. 12, referindo-se a G. Husserl, considera que a tarefa da dogmática consiste "na elaboração de um sistema de conceitos fundamentais puros e atemporais, que formam uma área de possibilidades apriorísticas do direito".

normativos. Afinal, o que podem dizer as estruturas lógico-reais a respeito, por exemplo, do início da execução na tentativa, ou da escusabilidade do erro de proibição, ou da concretização do dever de cuidado, no delito negligente? Nada mais do que algo bem genérico, que precisará ser precisado à luz de outras considerações.[43]

6. O sistema funcionalista ou teleológico-racional

Feitas essas considerações históricas, voltemos os olhos para a atualidade.[44] O que é o *funcionalismo*? Em primeiro lugar, deixemos claro que não existe um funcionalismo, mas diversos. Podemos, mesmo assim, utilizar como uma primeira aproximação a que formula um de seus mais destacados partidários, Roxin:[45]

(43) A respeito de que considerações estas sejam, veja-se abaixo, 6. Avançando as palavras-chave: *valorações político-criminais, fins da pena e do direito penal, resistência da coisa.*

(44) Este estudo não desconhece que, ao lado da tendência funcionalista, existem outras que contam com valorosos representantes. Seria entretanto impossível apresentá-las todas nos limites deste trabalho; contentar-nos-emos com curtas indicações, indicando obras mais relevantes. Em primeiro lugar, é claro, há o círculo dos *finalistas* (cada vez mais reduzido), no qual se destacam Hirsch ("Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel". *Festschrift der Rechtswisschaftlichen Fakultät Köln*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988. p. 399 *et seq.*) e alguns outros, como Struensee (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, em: GA 1987, p. 97 *et seq.*), Küpper (*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin : Duncker & Humblot, 1990), Cerezo Mir. (*Curso...*); alguns deles, como Cerezo, deixaram de reconhecer a força argumentativa das estruturas lógico-reais. Há também o círculo dos *hegelianos*, em regra discípulos de Ernst A. Wolff (por exemplo, *Kausalität von Tun und Unterlassen*. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag. 1965), que partem de uma concepção retributiva da pena, e tentam enxergar o crime através das categorias da metafísica do idealismo alemão – em especial, a liberdade. O monumento máximo desta tendência é o recente manual de Michael Köhler (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1996). Podemos apontar uma terceira tendência, dos adeptos da *filosofia analítica*, como Hruschka (*Strafrecht nach logischer analytischer Methode*. 2. ed. Berlin/New York : DeGruyter, 1988), que querem evitar ao máximo possível as valorações, tentando resolver os problemas através de uma minuciosa análise da linguagem. E, por fim, os *ecléticos* – Jescheck/Weigend (*Lehrbuch...*), Wessels/Beulke (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 28. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1998), Zipf (In Maurach/Zipf, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 8. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1992, vol. I), Bockelmann/Volk (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. München : C. H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, 1987), autores que não se atêm a pressupostos metodológicos precisos, mantendo o sistema aberto para qualquer método que se demonstre capaz de chegar a bons resultados.

(45) Roxin. *Strafrecht...*, § 7/24. Ao leitor que desejar informar-se mais aprofundadamente, fica indicado o estudo de Schünemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 1 *et seq.*, um dos mais didáticos e claros que já se escreveram a respeito do funcionalismo.

"Os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal".

São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela *missão constitucional do direito penal*, que é *proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial.*[46] Os conceitos são submetidos à *funcionalização*, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas.[47]

A teoria dos fins da pena, adquire, portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do delito (*prevenção especial*). Mas enquanto as concepções tradicionais[48] da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas e dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva).[49] Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge tam-

(46) Uma exceção é o posicionamento de Jakobs, *Strafrecht...*, § 2/1 *et seq.*, que rechaça a idéia do bem jurídico, considerando que a missão do direito penal está em proteger a validade das normas. Em "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". *Estudios de derecho penal.* Madrid : Civitas, 1997. Trad. Peñaranda Ramos, p. 293 *et seq.* tenta Jakobs demonstrar que o conceito de bem jurídico nada tem de liberal, o que porém não convence, se nos lembrarmos da época em que se descartou tal conceito. Esta concepção de Jakobs permanece minoritária entre os funcionalistas.

(47) Schünemann. *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, em: GA 1985, p. 341 *et seq.*, (p. 346): "Para uma construção de conceitos escolada nos conhecimentos inesquecíveis do neokantismo, está claro que o conteúdo do conceito depende do valor relacional, isto é, da função do conceito".

(48) Beccaria. *Dos delitos e das penas.* 11. ed., 4. reimpressão. São Paulo : Hemus. Trad. Torrieri Guimarães, 1996, § 3, p. 15; Feuerbach. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts.* 14. ed. Mittermayer, 1847. § 13, p. 38, apud Roxin. In Roxin/Arzt/Tiedemann. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht.* 3. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1994. p. 43.

(49) A teoria da prevenção geral positiva é hoje francamente majoritária, inclusive entre penalistas não adeptos do funcionalismo. Entre os funcionalistas, citemos: Schmidhäuser, *Einführung in das Strafrecht.* 2. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1984. p. 58, e Jakobs, *Strafrecht...*, § 1/15 a defendem em toda a sua pureza; Mir Puig, "Función fundamentadora e función limitadora de la prevención general

bém a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinqüente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa). E a categoria do delito que mais fortemente vem sendo afetada pela idéia da prevenção é a da culpabilidade, como veremos logo abaixo.[50]

Um *exemplo* esclarecerá a diferença entre o método finalista e o funcionalista: a definição de dolo eventual e sua delimitação da culpa consciente. Welzel[51] resolve o problema através de considerações meramente ontológicas, sem perguntar um instante sequer pela valoração jurídico-penal: a finalidade é vontade de realização (Verwirklichungswille); como tal, ela compreende não só o que o autor efetivamente almeja, como as conseqüências que sabe necessárias e as que considera possíveis e que assume o risco de produzir. Assim sendo, conclui Welzel que o dolo, por ser finalidade jurídico-penalmente relevante, finalidade dirigida à realização de um tipo, abrange as conseqüências típicas cuja produção o autor assume o risco de produzir. O pré-jurídico não é modificado pela valoração jurídica; a finalidade permanece finalidade, ainda que agora seja chamada de dolo.[52]

positiva". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Barcelona : Ariel, 1994. p. 129 *et seq.*, é mais temperado. Roxin, "Sentido e limites da pena estatal". *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa : Vega Universidade, 1993. p. 15 *et seq.* (p. 43), defende uma "teoria unificadora dialética", que integra a prevenção geral e especial nos limites da culpabilidade; essas idéias foram reiteradas, sinteticamente, há poucas semanas, em Roxin. *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2.ª Guerra Mundial* – Discurso proferido no seminário internacional de Direito Penal, ocorrido em março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa, inédito, item IV; em sentido similar, Figueiredo Dias. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas.* São Paulo : RT, 1999. p. 86 *et seq.* (p. 129 *et seq.*). Fernando Gama. *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva,* inédito, que transporta a teoria dos fins da pena para o processo penal, chegando a notáveis resultados.

Entre os não funcionalistas, vejam-se Welzel, *Strafrecht...*, p. 238 (apesar de este autor se considerar um adepto de uma teoria retributiva, hoje é comum caracterizá-lo como defensor da prevenção geral; neste sentido, por exemplo, seu aluno Armin Kaufmann. "Hans Welzel zum Gedenken". *Strafrechtsdogmatik...*, p. 279 *et seq.* p. 289); Hassemer. "Variationen der positiven Generalprävention". In Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (editores). *Positive Generalprävention.* Heidelberg : C. F. Müller, 1998. p. 29 *et seq.*; bem como os demais estudos deste volume.

Já Luzón Peña, discípulo de Roxin, é dos poucos que dão primado à prevenção geral de intimidação, ficando a prevenção geral positiva como um "aspecto secundario y derivado del de la intimidación general" ("Prevención general, sociedad y psicoanálisis". *Estudios penales.* Barcelona : PPU, 1991. p. 261 *et seq.*, p. 267).

(50) Veja-se 7.7.

(51) Welzel. *Um die finale Handlungslehre...*, p. 18-21; *Strafrecht...*, p. 37-38 e depois, p. 66-68.

(52) O belo resultado a que chega Welzel, por um lado, parece prestar testemunho da confiabilidade das estruturas lógico-reais. Porém, só se pode dizer se este resultado

O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois, ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível,[53] o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso?[54] O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos, às custas da proteção de bens jurídicos; e quanto menos exigências formular para que haja dolo, mais protege bens jurídicos, e mais limita a liberdade dos cidadãos. É essa tensão liberdade *versus* proteção que permeia o sistema como um todo, não se podendo esquecer que a intervenção do direito penal deve, além de ser eficaz, mostrar-se legítima, o que exige o respeito a princípios como o da subsidiariedade e da culpabilidade. Partindo de tais pressupostos, Roxin[55.56] procura definir o

é ou não belo, após uma valoração, que só poderá ser feita através da teoria dos fins da pena e do direito penal. É evidente que Welzel, por mais que o esconda, incorreu num círculo vicioso, valorando onde fingia só descrever: primeiro, pensou até onde se justificaria a pena por crime doloso, depois definiu a finalidade com o conteúdo que julgara adequado para o dolo, apresentando, por fim, seu conceito de dolo eventual como uma dedução automática do conceito de finalidade. Isso, aliás, já fora visto desde há muito pelo sempre lúcido Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1968. p. 114: "Afinal de contas, o direito só pode extrair sentido e dever-ser da realidade, se ele ou outras forças morais a tiverem anteriormente preenchido de valorações". "Também Welzel, na sua diferenciação entre dolo e negligência, apoia-se exclusivamente em determinadas estruturas lógico-reais, deixando inconsideradas outras igualmente existentes. Por que e como? Porque ele distingue, através de pontos de vista valorativos, os dados pré-jurídicos essenciais dos não essenciais". Também Roxin ("Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção". *Problemas fundamentais de direito penal*, 2. ed. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa : Vega Universidade, 1993. p. 91 *et seq.* (p. 108, nota 24)) aponta este círculo vicioso no pensamento finalista.

(53) O que as controvérsias entre os próprios finalistas provam que não é verdade; por exemplo, para Armin Kaufmann, "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau". *Strafrechtsdogmatik...*, p. 59 *et seq.*, haveria culpa consciente só na hipótese em que o autor põe em ação uma vontade no sentido de evitar o resultado (teoria da vontade de evitação não atuada), o que não foi aceito por Welzel.

(54) É assim que inquire Frisch, *Vorsatz und Risiko*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983. p. 46 *et seq.*, qual seria o conteúdo do dolo; é mais ou menos desta forma que também Gimbernat Ordeig ("Acerca del dolo eventual". *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990. p. 240 *et seq.* (p. 258)) formula a pergunta. Notável é que Engisch, nos alvores do neokantismo, já tenha formulado a pergunta exatamente desta maneira – o dolo é entendido como a forma mais grave de culpabilidade (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen : Scientia Verlag, reedição de 1964 da edição original de 1930. p. 50).

(55) Roxin. *Strafrecht...*, § 12/27.

(56) Curioso é que o finalista Stratenwerth, que publicou trabalho pondo em dúvida a capacidade de rendimento da dogmática funcionalista (*Was leistet die Lehre von*

dolo como decisão contra o bem jurídico, pois só uma tal decisão justificaria uma pena mais grave. Já W. Frisch, que dedicou valiosa monografia ao tema, conceitua o dolo como o conhecimento da dimensão do risco juridicamente relevante da conduta. Parte este autor da dupla *ratio* da apenação pelo dolo, segundo ele, a decisão em contrário ao bem jurídico e o poder superior de evitação do risco. E após minucioso exame, conclui estarem ambos os pressupostos presentes de modo suficiente naquele que conhece a dimensão do risco não permitido de sua conduta,[57] de modo que quem sabe agir além do risco permitido, age dolosamente.

Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.

Como dito acima, há vários funcionalismos; por razões de espaço, só será possível fazer algumas considerações a respeito do sistema de dois dos autores mais significativos, Roxin e Jakobs, após o que adentraremos as discussões a respeito de temas específicos da teoria do delito.

O que caracteriza o sistema de Roxin é a sua *tonalidade político-criminal*. Já em 1970, dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma liszteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal.[58] Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais "a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica".[59] Logo, o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível. No esboço de 1970, cabia ao tipo desempenhar a função de realizar o princípio *nullum crimen sine lege*; à antijuridicidade, resolver conflitos sociais; e à culpabilidade (que ele chama de responsabilidade), dizer quando

den Strafzwecken? Berlin-New York : DeGruyter, 1995), venha em seu manual resolver o problema exatamente da mesma forma que Roxin, partindo de iguais premissas (*Strafrecht...*, § 8/251) e chegando a iguais resultados (§ 8/255).

(57) Frisch. *Vorsatz...*, p. 408. Isto é, para Frisch, o dolo não compreende nem a consciência do resultado (p. 57, p. 68) – pois este está além da ação típica – nem possui um elemento volitivo (p. 255 *et seq.*). À primeira vista, tal concepção assusta, porque parece expandir de modo intolerável o âmbito do punível, o que, como demonstra Frisch logo depois (p. 304 *et seq.*), não ocorre, vez que os resultados a que chega coincidem com o da doutrina e jurisprudência dominantes.

(58) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 1; e, na tradução brasileira, p. 1. Um rápido e claro resumo do livro encontra-se na resenha de Silvia Milesi, na *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1988, p. 312 *et seq.*, à tradução italiana.

(59) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 40; e p. 82 de minha tradução.

um comportamento ilícito merece ou não ser apenado, por razões de prevenção geral ou especial.[60-61]

Mas se o sistema de Roxin substitui as difusas valorações neokantianas por valorações especificamente político-criminais – no que supera o relativismo valorativo[62] –, ele não cai no defeito acima apontado do normativismo extremo,

(60) Veja-se, sobre o tipo, *Kriminalpolitik...*, p. 16 *et seq.*, *Política criminal...*, p. 32 *et seq.*; sobre a antijuridicidade, p. 24 *et seq.*, da versão alemã, e p. 48 *et seq.*, da brasileira; e sobre a culpabilidade, p. 33 *et seq.* da versão alemã, e p. 67, da brasileira. Mais recentemente, tem Roxin modificado suas opiniões especialmente no que diz respeito à função do tipo, a qual não pode ver-se esgotada num princípio formal como o *nullum-crimen*, abrindo espaço para considerações de prevenção geral (*Strafrecht...*, § 7/56). No recentíssimo discurso proferido em Lisboa, no dia 21 de março deste ano, disse Roxin que "a prevenção geral e a limitação da pena dominam, pois, o ilícito como categoria sistemática" (*Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra*, Oração de sapiência do Prof. Doutor Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa. Inédito, item II).

(61) Muitas das críticas (por exemplo, Hassemer. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990. p. 236, que teme um sacrifício da função garantística do direito penal em nome de razões de oportunidade político-criminais; ou Pettoello Mantovani. "Pensieri sulla politica criminale". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen...*, 1998, p. 22 *et seq.*, p. 24, para quem a proposta roxiniana significa a dissolução do direito penal, seu desaparecimento e substituição pela política criminal) que se fazem à fundamentação político-criminal do sistema de Roxin baseiam-se numa errônea compreensão do que este autor entende por política e, conseqüentemente, por política-criminal. A política e a política-criminal, ao contrário do que tradicionalmente se entendia, não se esgotam num conjunto de medidas eficazes para obtenção de quaisquer fins, pouco importando não só a legitimidade destes, como também daquelas. O que Roxin deseja é justamente superar este conceito que poderíamos chamar "instrumental" de política criminal, substituindo-o por uma noção rica de conteúdo, capaz de integrar em seu bojo tanto o interesse na evitação e persecução de crimes como o na preservação das liberdades e garantias individuais (Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 45; *Política criminal...*, p. 89). Enfim, deseja-se não só a segurança, característica do Estado liberal de direito, nem só a proteção, típica do Estado social, mas a síntese entre as duas, própria de um Estado material de direito (Roxin, *Kriminalpolitik...*, p. 10, *Política criminal...*, p. 20; Figueiredo Dias. "A ciência conjunta do direito penal". *Questões fundamentais...*, p. 19 *et seq.* p. 33). "Os direitos humanos e os princípios do estado de direito e do estado social integram-se nas valorações político-criminais" (Roxin, *Strafrecht...*, § 7/53; veja-se igualmente Bricola. "Rapporti tra dommatica e politica criminale". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988, p. 3 *et seq.* (p. 12-13), que ressalta a fundamental coincidência entre valorações político-criminais e os princípios constitucionais garantísticos). Também o conceito de política, e não só o de política criminal, vem sofrendo análogas modificações: veja-se a respeito o professor de Roxin, Henkel, "Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik". *Festschrift für Welzel...*, p. 31 *et seq.*, que, após definir a política como a tentativa de realização do bem comum (p. 34), clama por uma "vinculação funcional entre direito e política" (p. 41).

(62) As valorações político-criminais não são relativas, mas advêm diretamente da ordem constitucional do Estado democrático de direito, que respeita e promove a

nem no dualismo metodológico. Dá-se, isso sim, uma atenção minuciosa à matéria jurídica, ao objeto de regulamentação, de modo a não deixar escapar nenhuma peculiaridade relevante. O direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais, pois só assim conseguirá concretizar o postulado de justiça que exige que sejam tratados de modo diferente os diferentes.[63] Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, esta dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser, agora, concretizado nesses diferentes grupos de casos. E um mesmo valor trará ora essas, ora aquelas conseqüências, dependendo das peculiaridades da matéria regulada.[64] O pensamento de Roxin entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo,[65] devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo.[66]

Um exemplo esclarecerá o que se está a dizer. Um dos temas mais árduos já enfrentados pela doutrina está em delimitar quando há o início da execução da tentativa, separando este momento dos meros atos preparatórios impunes. Modernamente, vem adotando-se a teoria welzeliana, inclusive sancionada pelo § 22 do StGB, segundo a qual "intenta um fato punível aquele que, conforme a

dignidade humana e os direitos fundamentais. Daí dizer Wolter, aluno de Roxin, que "o direito penal é direito constitucional aplicado" ("Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem". In Schünemann/ Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns, 1995, p. 3 *et seq.* (p. 5)), apontando como fundamento do sistema do delito a dignidade humana (op. cit., p. 4).

(63) A respeito da necessidade de tornar o direito mais sensível à individualidade, veja-se Henkel, *Recht und Individualität*. Berlin : DeGruyter, 1958, especialmente p. 16 *et seq.*

(64) Neste ponto, como ele mesmo ressalta (no estudo "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts". *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, p. 260 *et seq.*), seguiu Roxin a lição de Radbruch, "Rechtsidee und Rechtsstoff". In Art. Kaufmann (ed.). *Die ontologische Begründung des Rechts*. Bad Homburg von der Höhe : Hermann Gentner Verlag, 1965, p. 4 *et seq.* (p. 4), que considerava: "Assim como a idéia artística se acomoda ao material, sendo uma outra, se quiser corporificar-se em bronze, e uma outra, se em mármore, assim também nasce cada idéia para ser adequada a seu material. Chamamos esta relação de definição da idéia pela matéria."

(65) Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1994. p. 19 *et seq.*

(66) Roxin. *Täterschaft...*, p. 536 *et seq.*; *Strafrecht...*, § 7/83; assim também Wolter. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin : Duncker & Humblot, 1981. p. 22; Gimbernat. *Concepto y método...*, p. 106; Figueiredo Dias. "A Ciência conjunta...", p. 27. Este proceder indutivo é influência em especial da chamada tópica, fundada por Viehweg. *Topik und Jurisprudenz*. 5. ed. München : C. H. Beck, 1974, especialmente, por exemplo, p. 32: "o problema deve ser reconhecido como prédado e sempre como dominante", e p. 97.

sua representação do fato, dá início a atos imediatamente anteriores à realização do tipo"[67] (chamada *teoria individual-objetiva*). Porém, o que significa isso, o que são atos imediatamente precedentes à realização do tipo? Aqui chegamos no limite da dedução. A fórmula dedutiva será sempre vaga e genérica. Não constituirá mais do que uma "linha de orientação".[68] É preciso complementá-la, concretizá-la, aproximando-a dos casos em que será aplicada: daí a necessidade do pensamento indutivo, através da *composição de grupos de casos*. Roxin começa com a tentativa inacabada do autor singular,[69] propondo um duplo critério: haverá tentativa assim que se possa falar em perturbação da esfera da vítima e proximidade temporal entre a conduta do autor e a produção do resultado.[70] E são propostos novos grupos de casos, subconcretizações deste critério já concretizado: assim, por exemplo, quando os autores ficam de tocaia, à espera da vítima;[71] casos em que o autor realiza a circunstância qualificadora, mas não o delito base qualificado[72] etc. E estes parâmetros não servirão para a autoria mediata e para as omissões;[73] aqui será necessário efetuar novas concretizações do critério individual-objetivo. Desta forma, o doutrinador consegue entregar ao juiz critérios claros de decisão, e não meras fórmulas vazias, contribuindo para a realização da segurança jurídica e do princípio da igualdade.

No final das contas, é a "resistência da coisa" (Widerstand der Sache) que serve de indício do acerto da concretização do valor: quanto menores os atritos entre o conceito e objeto a que ele se refere, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto.[74]

Logo, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a

(67) Vejam-se, por exemplo, Welzel. *Strafrecht...*, p. 190; Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 518, com referências; e entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Da tentativa*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998. p. 54.

(68) Roxin. "Resolução do facto e começo da execução na tentativa". *Problemas Fundamentais...* (Trad. Maria Fernanda Palma), p. 295 *et seq.* (p. 305).

(69) Roxin, op. cit., p. 305.

(70) Roxin, op. cit., p. 307.

(71) Roxin, op. cit., p. 309.

(72) Roxin, op. cit., p. 314.

(73) Roxin, op. cit., p. 320 *et seq.*

(74) Roxin. *Täterschaft...*, p. 533 *et seq.*; *Strafrecht*, § 7/84. Também Gimbernat, *Concepto y método...*, p. 115 *et seq.*, e Engisch. "Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken". *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984. p. 286 *et seq.*, p. 307, propugnam pela adoção deste critério. É por isso que o sistema roxiniano, no que se refere à proximidade da realidade, não fica em nada atrás do finalismo, mas o supera, uma vez que consegue libertar-se do apriorismo e da atemporalidade das estruturas lógico-reais finalistas. Daí o caráter aberto e dinâmico do sistema.

uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito.[75] Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem contudo render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema.

Já Jakobs funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma *teoria funcionalista-sistêmica da sociedade*, baseada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann.[76] Simplificadamente, é isto o que diz o sociólogo de Bielefeld: o mundo em que vivem os homens é um mundo pleno de sentido.[77] As possibilidades do agir humano são inúmeras, e aumentam com o grau de complexidade da sociedade em questão.[78] O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um "elemento de perturbação":[79] não se sabe ao certo o que esperar do outro, nem tampouco o que o outro espera de nós. Este conceito, o de *expectativa*, desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais.[80] Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. Luhmann prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas:

(75) Sobre essas tendências contraditórias da idéia do direito, veja-se Radbruch. *Rechtsphilosophie...*, p. 73 *et seq.*

(76) Recentemente, parece que Jakobs vem libertando-se do ponto de partida sociológico, em favor de uma filosofia do direito por ele próprio desenvolvida: confira-se Jakobs. *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie.* 2. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1999. As referências a Luhmann tornam-se escassas em trabalhos mais recentes, como Jakobs. *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem.* München : Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998. p. 11-14, que parece partir da filosofia do direito de Kant. Como, porém, este ponto de partida filosófico não passa de um esboço, e como o desenvolvimento de sua teoria do delito se deu tomando por base o sistema de Luhmann, não posso furtar-me de expô-lo, sem que isso implique deixar de fazer uma ou outra referência ao novo desenvolvimento.

(77) Luhmann. *Rechtsoziologie.* 3. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987. p. 31. As doutrinas que virão expostas são anteriores à incorporação por Luhmann da teoria dos sistemas autopoiéticos; sobre esta nova evolução, veja-se o seu *Soziale Systeme.* 7. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1999. Um bom resumo das teorias tanto do Luhmann antigo como do novo, encontra-se em Pawlowski. *Einführung in die juristische Methodenlehre.* Heidelberg : C. F. Müller, 1986, § 10/327 *et seq.*

(78) Luhmann, op. cit., p. 31.

(79) Luhmann, op. cit., p. 32.

(80) Luhmann, op. cit., p. 38: "Os sistemas sociais (...) estabilizam expectativas objetivas e válidas, pelas quais 'se' pode orientar"; veja-se, também, *Legitimation durch Verfahren.* 4. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1997. p. 40-41.

as cognitivas e as normativas.[81] As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, aprende, deixa de esperar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos (contrafaticamente). O errado era a realidade, não a expectativa. Daí surge o conceito de norma: "normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente".[82] Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque a necessidade de um "processamento das decepções":[83] a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção.[84]

O direito também é um sistema social,[85] composto de normas, que, quando violadas, geram decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No direito penal, isto ocorre através da pena, que é definida por Jakobs[86] como "demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente".

A causalidade e a finalidade, dados ontológicos sobre os quais se edificavam o sistema naturalista e finalista, agora são substituídos pelo conceito normativo de *competência.*[87] A vida em sociedade torna cada pessoa portadora de um determinado papel – pedestre, motorista, esportista, eleitor – que consubstancia um feixe de expectativas. Cada qual, e não só o autor de crimes omissivos impróprios, como na doutrina tradicional, é *garante* dessas expectativas.[88] A posição de garante, que decorre dessa adscrição de um âmbito de competência a um determinado indivíduo, é pressuposto de todo ilícito, quer comissivo, quer omissivo. Compete a cada uma dessas pessoas organizar seu círculo de interações de maneira a não violar as normas penais, a não gerar decepções. Surgem, assim, *os delitos por*

(81) Luhmann, op. cit., p. 42.

(82) Luhmann, op. cit., p. 43.

(83) Luhmann, op. cit., p. 53; *Legitimation...*, p. 234.

(84) Luhmann, op. cit., p. 60; Luhmann, porém, ressalta que a sanção não é único meio de reestabilização de expectativas, havendo também outros meios, "equivalentes funcionais", capazes de gerar o mesmo efeito (p. 61). Neste sentido também Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/12 *et seq.*

(85) Luhmann. *Rechtssoziologie...*, p. 99; logo além, dá Luhmann sua definição de direito, p. 105: "Podemos definir o direito, portanto, como estrutura de um sistema social, vinculada à generalização congruente de expectativas normativas de comportamento".

(86) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/3; para as novas concepções deste autor, não mais baseadas em Luhmann, veja-se Jakobs. *Norm, Person...*, p. 98 *et seq.*

(87) Jakobs. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen.* Opladen : Westdeutscher Verlag, 1996. p. 42.

(88) Jakobs. *Strafrecht...*, § 7/58. Dessas expectativas, e não de outras, pois "nem tudo incumbe a todos" (Jakobs. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", *ZStW* 89, (1977), p. 1 *et seq.*, p. 30).

competência organizacional.[89] Mas ao lado desse dever genérico de controlar os perigos emanados da própria organização social, que possui conteúdo meramente negativo, há expectativas de comportamento positivo, que exigem do sujeito que cumpra determinada prestação em nome de alguma instituição social: são estes os *delitos por competência institucional*.[90] A distinção entre delitos comissivos e omissivos, fundamental nos sistemas de base ontologista, deixa de ter tamanha importância, surgindo em seu lugar a distinção entre delitos por competência de organização e delitos por competência de instituição.[91]

Uma vez violada a expectativa organizacional ou institucional (isto é, uma vez constituído o injusto), procura o direito explicar tal fato,[92] de alguma maneira: ou através do acaso – estado de necessidade, culpa da vítima etc. – ou através da imputação de defeito de motivação a um sujeito determinado.[93] Neste segundo caso, formula-se o chamado juízo de culpabilidade, que declara o sujeito competente pela violação da norma, ou seja, fixa que é às suas custas que a norma deverá ser reestabilizada.

E se o direito penal quer cumprir sua função de reestabilizar expectativas violadas, deve construir seu aparato conceitual teleologicamente, de modo a melhor atendê-la. "(...) isto leva a uma renormativização dos conceitos. A partir desta perspectiva, um sujeito não é aquele que causa ou pode evitar um acontecimento, mas aquele que pode ser competente para tanto. Assim também conceitos como causalidade, poder, capacidade, culpabilidade perdem seu conteúdo pré-jurídico e transformam-se em conceitos de etapas de competências".[94] Toda a teoria do delito, portanto, transforma-se numa teoria da imputação,[95] e a pergunta quanto a se alguém cometeu um crime deve ser entendida como se é preciso punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema.

(89) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/7 e § 21/16 *et seq.*; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 21.

(90) Jakobs. *Strafrecht...*, § 1/7, § 7/70 *et seq.*, § 21/115 *et seq.*; *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 31.

(91) Jakobs. *Die strafrechtliche Zurechnung...*, p. 36, e tb. n. 77; mais radical ainda seu aluno, Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. 2. ed. Bogotá : Temis, 1996. p. 69: "en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión". Esta classificação de duas formas de competência, que aqui parece bastante abstrata, terá repercussões concretas na imputação objetiva (veja-se abaixo, 7.2), na autoria e na participação, nos crimes omissivos, entre outros setores.

(92) Jakobs. "Culpabilidad y prevención". (Trad. Suárez Gonzales). *Estudios...*, p. 73 *et seq.* (p. 81). Sobre o conceito de explicação, veja-se também Luhmann, *Rechtssoziologie...*, p. 56.

(93) A imputação ao sujeito só deixará de ser feita se o ordenamento jurídico for capaz de processar o conflito de outra maneira ("Culpabilidad y prevención", p. 80) – sendo este o fundamento funcional da exculpação. Mais detalhes sobre a concepção de culpabilidade de Jakobs abaixo, em 7.8.

(94) Jakobs. *Strafrecht...*, p. VII.

(95) Jakobs. "El concepto jurídico-penal de acción". *Estudios...*, p. 101 *et seq.* (p. 124), chega a afirmar, no que parece uma estranha modificação de seu próprio sistema,

Jakobs se mostra plenamente ciente de quanto seu sistema tem de chocante,[96] e de fato há muito de criticável em sua teoria. Não tanto o normativismo,[97] porque apesar da funcionalização total dos conceitos, o embasamento sociológico garante o contato com a realidade,[98] mas especialmente por tratar-se de um sistema obcecado pela eficiência, um sistema que se preocupa sobremaneira com os fins, e acaba por esquecer se os meios de que se vale são verdadeiramente legítimos.[99] Ainda assim, é inegável que os esforços de Jakobs abriram novos horizontes para a resolução de inúmeros problemas,[100] demonstrando a necessidade e a produtividade de permear antigas categorias sistemáticas com considerações sobre os fins da pena.[101]

que o direito penal só considera ação (isto é, só imputa como ação) a "asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma". E Jakobs chama a teoria do delito de teoria da imputação, conforme se lê no subtítulo de seu manual.

(96) No estudo "El principio de culpabilidad". *Estudios...*, p. 365 *et seq.* (p. 366-367), Jakobs parece ironizar a opinião dominante, declarando ser sua "intención declarada plantearle algunas dificultades a dicha doctrina". Muitas vezes, porém, se trata de meras questões terminológicas, mas nem sempre; é especialmente incorreto, por exemplo, afirmarem Cancio Meliá/Peñaranda Ramos/Suarez González, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". In Jakobs, *Estudios...*, p. 17 *et seq.* (p. 35), que a negação do bem jurídico no sistema de Jakobs não passa de um problema conceitual, de uma "barrera definicional" a separá-lo do restante da doutrina.

(97) Criticado por Schünemann. "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 154 *et seq.* (p. 184).

(98) O que é apontado por Jakobs. *Strafrecht...*, p. VII. Antes de criticar o normativismo, que segundo me parece, inexiste, deveríamos é levantar reservas contra o sociologismo, que por vezes parece um retorno à falácia naturalista, à idéia da "normatividade do fático", segundo a qual o que é, deve ser.

(99) Isto vem ressaltado especialmente em relação ao conteúdo que dá Jakobs ao princípio da culpabilidade. Para ele, este princípio nada mais representa que a necessidade social de prevenção geral, o que é verdadeiramente criticável. Neste sentido, a crítica tanto do lado finalista: Hirsch. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", *ZStW* 106 (1994), p. 746 *et seq.* (p. 752 *et seq.*) como do funcionalista: Schünemann, "Die Funktion des Schuldprinzips...", p. 171.

(100) Mais detalhes no item 7. Preste o leitor especial atenção em como Jakobs constrói a teoria da imputação objetiva (VII, *b*, n. 107) sobre a base da delimitação dos âmbitos de competência.

(101) Para encerrar este item, podemos fazer referência aos aspectos que, segundo aponta o próprio Roxin, no seu recentíssimo discurso de obtenção do título de doutor *honoris causa* em Lisboa *(Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra* – Oração de sapiência do Prof. Dr. Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa, inédito, III), distinguem seu sistema do de Jakobs, o que valerá inclusive como uma bela recapitulação do até agora visto. No sistema de Jakobs, não há espaço

7. A moderna discussão dos conceitos da parte geral

Vamos dar início, agora, a um rápido passeio pela dogmática da parte geral reconstruída funcionalmente.[102] Longe de mumificar-se em dogmas e ortodoxias, os parâmetros político-criminais do funcionalismo, abertos e plenos de sentido,[103] dão espaço a inúmeras possibilidades de construção, o que assegura uma discussão rica e produtiva.

7.1 Conceito de ação

O conceito de ação, sem dúvida alguma, perdeu sua majestade. Reconhece-se que, se o que importa são primariamente considerações valorativas, não há como esperar de um conceito de ação pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos, e nisso estão todos de acordo. Podem-se apontar três posições básicas.

para a prevenção especial, que Roxin tenta tornar fecunda para a culpabilidade; tampouco se fala em exigências de política-criminal, além das de estabilização do sistema. "A prevenção geral e a observância dos direitos do argüido não estão contidas no seu (no de Jakobs, L. G.) ponto de partida teorético-sistêmico." Igualmente, o dado indutivo, a resistência da coisa, não encontram lugar no sistema do Jakobs, que "renuncia a ter em conta dados empíricos". Por fim, diz Roxin, "eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos as idéias orientadoras de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico-teorético de Jakobs, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem nenhuma finalidade de política-criminal. Da perspectiva de Jakobs, a única coisa que importa é, como ele próprio põe em relevo, a força de automanutenção do sistema".

(102) Por motivos de espaço, não trataremos nem dos crimes omissivos, nem de problemáticas especiais do injusto, tais como autoria/participação e a tentativa, e tampouco nas novas tentativas de sistematizar a categoria da punibilidade. Igualmente não nos será possível adentrar nas tentativas de reconstruir o sistema inteiro com base nos conceitos de merecimento de pena (Strafwürdigkeit) e necessidade de pena (Strafbedürftigkeit); a respeito, tanto desenvolvendo quanto criticando, vejam-se, por exemplo, Wolter, "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechstsystem". *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg : R. v. Dencker's Verlag, 1993. p. 269 *et seq.*; Romano, "'Meritevolezza di pena', 'bisogno di pena' e teoria del reato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 39 *et seq.*; Luzón Peña, "Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995. p. 97 *et seq.*; bem como vários outros estudos deste volume, por último citado.

(103) Esta qualidade do sistema é ressaltada por Schünemann e Figueiredo Dias. "Vorwort". In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine...*, p. V *et seq.* p. XII.

A primeira é a dos autores que se valem de um conceito de ação pré-típico, se bem que não pré-jurídico. Roxin,[104] por exemplo, defende uma teoria pessoal da ação, que vê na conduta uma "exteriorização da personalidade". Jakobs,[105] por sua vez, define o comportamento como "a evitabilidade de uma diferença de resultado".[106]

A segunda é a daqueles que, se bem que utilizem um conceito de ação, não o posicionam anteriormente ao tipo, mas dentro dele, como um de seus momentos. Assim é que Schmidhäuser,[107] inicialmente adepto do terceiro grupo (logo abaixo), acabou por defender o que ele chama de teoria intencional da ação.

Um terceiro grupo[108] despreza por completo o conceito de ação, não só o considerando elemento do tipo, como recusando-se a defini-lo, o que é tido como perda de tempo. A ação acaba no mais das vezes sendo absorvida pela teoria da imputação objetiva.

7.2 Tipo e imputação objetiva

O tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral. Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que pare-

(104) Primeiramente esboçado em *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 262; agora, em *Strafrecht...*, § 8/44 *et seq.*

(105) Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/32.

(106) Já Luzón Peña. *Curso de derecho penal – Parte general.* Madrid : Editorial Universitas, 1996. vol. I, p. 265 *et seq.*, e Gimbernat, "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento". *Estudios...*, p. 182 *et seq.* (p. 195), ocupam uma posição especial, por serem dos poucos que adotam um conceito ontológico de ação (nisso aproximando-se do finalismo e do naturalismo), se bem que não lhe confiram nenhuma função de construção do sistema, como faziam estas duas vertentes. Rudolphi. In Rudolphi/Horn/Günther/Samson. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* 7. ed. Berlin : Luchterhand, 1997, (26. Lfg.), vor § 1/18, por sua vez, defende uma teoria pessoal bastante parecida com a de Roxin.

(107) Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Studienbuch.* Tübingen: Mohr-Siebeck. 1982, § 5/5 *et seq.*; também Schünemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 346-347, e Mir Puig, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho". *El derecho penal...*, p. 29 *et seq.* (p. 52), podem enquadrar-se entre os adeptos desse grupo, cada qual com seu conceito de ação.

(108) Otto. *Grundkurs Strafrecht.* 5. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1996. § 5/32 *et seq.*; Figueiredo Dias. "Sobre a construção dogmática do fato punível". *Questões fundamentais...*, p. 187 *et seq.* (p. 214-216); Fiandaca/Musco. *Diritto penale – Parte generale.* 3. ed. Bologna : Zanichelli Editore, 1995. p. 186-187; e a insuperada monografia de Marinucci. *Il reato come 'azione': critica di un dogma.* Milano : Giuffrè, 1971. Esta era também a antiga opinião de Roxin, em 1962: *Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação...* p. 91 *et seq.* (p. 127).

cem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que *ex ante* não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas.[109]

Surge, portanto, a filha querida do funcionalismo: a teoria da imputação objetiva, que reformula o tipo objetivo, exigindo, ao lado da causação da lesão ao bem jurídico – com que se contentavam o naturalismo e depois o finalismo –, que esta lesão surja como conseqüência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado.[110] Assim, nosso marceneiro não praticaria adultério, porque sua ação, apesar de *causar* a lesão ao bem jurídico, não infringe a norma, pois não cria um risco juridicamente relevante.

7.3 Relações entre tipicidade e antijuridicidade

Com a renormativização do tipo novamente se confundiram os limites entre tipo e antijuridicidade, o que fez copiosa gama de autores[111] adotar a teoria dos

(109) Rudolphi. "Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen". In Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984. p. 69 *et seq.* (p. 76-77); Wolter. "Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus". *Grundfragen...*, p. 103 *et seq.*, p. 105; Schünemann. *Über die objektive Zurechnung*, em: GA (1999), p. 207 *et seq.* (p. 214-215).

Curiosa é a concepção de Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid : Civitas, 1996 (trad. Cancio Meliá), p. 101 *et seq.*, que tenta construir o sistema de imputação objetiva com base na idéia de papel social, ou rol: só será objetivamente imputável, isto é, só viola a norma aquele comportamento que não era esperado do detentor daquele papel social. Aquele que age dentro do seu rol, ainda que venha a causar danos, não responde por eles.

Há, também, uma posição minoritária, em geral fora da Alemanha e da Espanha, que nega tal teoria: Fiandaca/Musco. *Diritto penale...*, p. 214-215.

(110) Não é possível, nos limites deste trabalho, adentrar nos detalhes desta nova e fecunda teoria. Teremos de nos limitar a algumas indicações bibliográficas. Um bom ponto de partida é o estudo de Roxin. "Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal". *Problemas fundamentais...*, p. 145 *et seq.*, que fez renascer esta teoria, filha do neohegelianismo (Larenz. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpressão da edição de 1927, Aalen : Scientia, 1970) e do neokantismo (Honig. "Kausalität und objektive Zurechnung". *Festgabe für Reinhardt Frank*, 1930, reedição de 1969. vol. I, p. 174 *et seq.*). Aquele que desejar maiores esclarecimentos acerca desta teoria, ainda pouco conhecida no Brasil, recorra à monumental monografia de W. Frisch. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg : C. F. Müller, 1988; em língua portuguesa, vejam-se os estudos de Callegari. "A imputação objetiva no direito penal", *RT* 764 (1999), p. 434 *et seq.*, e Fernando Galvão. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000.

(111) Roxin. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1970. p. 174 *et seq.* (que posteriormente modificou seu posicionamento); Schünemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 347 *et seq.*; Figueiredo Dias. *Doutrina do fato punível...*, p. 220-222, apesar de esse mesmo autor,

elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta.[112]

Outros autores[113] têm uma construção assemelhada à de Mezger, ou seja, apesar de não adotarem a teoria dos elementos negativos do tipo, declaram o fato justificado indiferente para o direito penal.

Por fim, um terceiro grupo[114] mantém-se numa posição mais tradicional, entendendo que o tipo e antijuridicidade devem permanecer em categorias distintas, ou porque os princípios que as regem, as valorações político-criminais, são diferentes,[115] ou porque há uma efetiva distância axiológica entre fato atípico e fato justificado.[116]

em "Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem". *Bausteine...*, p. 360, declarar: "não desejo ser posicionado entre os partidários da teoria dos elementos negativos do tipo", o que talvez torne injusta minha compreensão de suas idéias; Mir Puig. *Función de la pena...*, p. 76-77; Luzón Peña. *Curso...*, p. 558; e, aparentemente, também Sousa e Brito. "Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung". *Bausteine...*, p. 71 *et seq.* (p. 86). Por fim, faça-se referência à recentíssima proposta de Paulo Queiroz. "Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito". In Lélio Calhau (ed.). *Estudos jurídicos – Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*. Minas Gerais, 2000, p. 36 *et seq.*, no sentido de construir um tipo total compreensivo não só de causas de justificação, mas também de causas de exculpação, como elementos negativos, chegando ao que ele chama de um "configuração monista-funcional" da teoria do delito.

(112) De acordo com esta teoria, as causas de justificação constituem verdadeiros elementos do tipo, elementos que, porém, devem inexistir, para que haja tipicidade. Assim, o tipo de homicídio não se esgotaria no "matar alguém", expandindo-se para um "matar alguém, inexistindo legítima defesa, estado de necessidade, cumprimento do dever legal..." Vejam-se os autores citados na última nota, e a crítica monografia de Hirsch. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. Bonn : Ludwig Rohrscheid Verlag, 1960.

(113) Otto. *Grundkurs Strafrecht...*, § 5/23-28, constrói um sistema bipartido: o crime é ilícito culpável; as causas de justificação são chamadas de "tipos limitadores do dever" (§ 8), que excluem a ilicitude, e com ela a relevância penal da conduta.

(114) Roxin. *Strafrecht...*, § 10/16 *et seq.*, especialmente § 10/23; Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/59, porém ressalta que o tipo é *ratio essendi*, não só *cognoscendi*, da antijuridicidade.

(115) Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 16 e *Política criminal...*, p. 31-32; *Strafrecht...*, § 10/19 *et seq.*: para ele, o tipo tem, além da função de concretizar o princípio *nullum-crimen*, uma função motivadora preventivo-geral; enquanto a antijuridicidade se importa com o princípio *nullum-crimen* de maneira menos drástica, tendo por tarefa político-criminal muito mais a solução de conflitos sociais, e dando azo a considerações oriundas de todo o ordenamento jurídico, e não só do direito penal. Em sentido similar, Fiandaca-Musco. *Diritto penale...*, p. 158-159.

(116) Jakobs. *Strafrecht...*, § 6/51, considera distinta a ação atípica da justificada pois "a primeira já é lícita sem que se indague o contexto social no qual se encontra, enquanto esta só o é em virtude do contexto", isto é, da efetiva presença de causa de justificação. A ação atípica não quebranta expectativa alguma, em contexto algum; a ação justificada só deixa de quebrantá-las graças ao específico contexto em que ocorre.

7.4 Posição sistemática do dolo

Neste ponto, os funcionalistas em regra mantêm-se fiéis ao que propunha o finalismo: o dolo deve integrar o tipo, sendo um momento da conduta proibida.[117] Porém, está-se de acordo que essa conseqüência não decorre, de maneira alguma, de estruturas lógico-reais, mas isso sim de uma valoração jurídica.

Ainda assim, não deixa de haver quem[118] defenda o duplo posicionamento do dolo e da culpa, tanto no tipo como na culpabilidade. Parte-se da consideração de que o sistema não é formado por compartimentos estanques, podendo um mesmo elemento ter relevância para mais de uma categoria sistemática.[119]

Outros autores, porém, dissecam o dolo, situando cada elemento num determinado estrato do sistema: Schmidhäuser,[120] por exemplo, quer posicionar o momento volitivo do dolo no tipo, enquanto o momento cognitivo iria para a culpabilidade. O inverso parece defender Schünemann,[121] para quem o tipo compreenderia o elemento cognoscitivo do dolo; a culpabilidade, o volitivo (que em seu sistema parece abranger mais que a vontade, sendo chamado de "componente emocial").

7.5 Conteúdo do dolo e consciência da ilicitude

Apesar de ainda manter-se dominante[122] a teoria da vontade, que vê no dolo o "conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo", alguns autores[123] vêm defendendo, enfaticamente, a supressão do elemento volitivo do dolo, que consideram desnecessário e injustificável.

Quanto à consciência da ilicitude, as posições novamente são as mais variadas. Uma vez que o dolo não mais pode ser deduzido de considerações meramente

(117) Uma exceção seriam Reyes Alvarado. *Imputación...*, p. 65, que posiciona o dolo na culpabilidade, e Marinucci/Dolcini. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. vol. I, p. 479, que mantêm um sistema parecido com o modelo clássico (acima, 3), porém adscrevendo funções político-criminais a cada elemento.

(118) Roxin. *Rechtsidee und Rechtsstoff...*, p. 266; *Kriminalpolitik...*, p. 42-43; *Strafrecht...*, 12/26; Figueiredo Dias. *Doutrina do fato punível...*, p. 223-227; Fiandaca/Musco. *Diritto penale...* p. 183. Este posicionamento foi inaugurado por Gallas. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", *ZStW* 67 (1955), p. 1 *et seq.* (p. 44 *et seq.*) e tem por importantes seguidores Jescheck-Weigend. *Lehrbuch...*, p. 243; e Wessels/Beulke. *Strafrecht...*, § 5/142 *et seq.*

(119) Roxin. *Kriminalpolitik..*, p. 42-43; *Strafrecht..*, § 7/76 *et seq.*

(120) Schmidhäuser. *Einführung...*, p. 198-199.

(121) Schünemann. *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 361-362 e 364.

(122) Veja-se, por todos, Roxin. *Strafrecht...*, § 12/3.

(123) Jakobs. *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, p. 38-39, e também *Strafrecht...*, § 8/23; Frisch. *Vorsatz und Risiko...*, p. 255 *et seq.*; Samson. *Strafrecht I*, 7. ed. Frankfurt a. M. : Alfred Metzner Verlag, 1988. p. 51; Gimbernat Ordeig. "Acerca del dolo eventual". *Estudios...*, p. 257.

ontológicas, mas sim axiológicas, pode-se apontar uma quase unanimidade entre os funcionalistas em rechaçar a teoria estrita da culpabilidade, defendida pelo finalismo ortodoxo.[124-125] Considera-se, sob as mais diversas justificativas, que o erro sobre a presença de situação legitimante exclui o dolo, mantendo-se a maioria dos doutrinadores próxima à teoria limitada da culpabilidade.[126]

Mas não é raro encontrarem-se autores que rechaçam as teorias da culpabilidade em ambas as suas formas[127] e adotam a teoria do dolo. Assim, por exemplo, Otto,[128] defensor de uma teoria modificada do dolo, para quem a consciência da ilicitude material (isto é, da lesividade social, da lesão a um bem jurídico) integra o dolo, ficando a consciência do ilícito formal, da proibição, como problema de culpabilidade.

7.6 Culpa e dever de cuidado

De acordo com a doutrina tradicional,[129] a culpa pressuporia um duplo juízo, posicionando-se a falta do cuidado objetivo no tipo, e a falta do cuidado subjetivo na culpabilidade.

(124) Segundo essa teoria, o erro sobre causas de justificação – as chamadas descriminantes putativas – deixaria intacto o dolo, sendo mero erro de proibição.

(125) O único funcionalista que, segundo tenho notícia, a defenda é o discípulo italiano de Roxin, Sergio Moccia. *Il diritto penale tra essere e valore*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiani, 1992. p. 146, que faz referência expressa a Welzel. É claro que isso não significa que inexistam outros.

(126) Roxin. *Strafrecht...*, § 14/62 *et seq.*, especialmente § 14/68; Schünemann, *Deutschsprachige Strafrechtswissenschaft...*, p. 348; Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/58; Frisch. *Vorsatz...*, p. 241 *et seq.*; Luzón Peña. *Curso...*, p. 410, defende o que ele chama de *dolus obiective malus*, isto é, um dolo que compreende a não representação de situação justificante, mas não a consciência da ilicitude.

(127) A teoria da culpabilidade é aquela que retira a consciência da ilicitude do dolo, dizendo ser isso um problema estrito de culpabilidade; a teoria do dolo é aquela que nele mantém a consciência da antijuridicidade.

(128) Otto. *Grundkurs...* § 15/10; em sentido similar, Schmidhäuser. *Studienbuch...*, 7/79 *et seq.* Veja-se também Mir Puig. "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español". *El derecho penal...*, p. 207 *et seq.* (p. 215-216), que defende uma teoria pura, "extrema", do dolo; Figueiredo Dias. "Schuld und Persönlichkeit", *ZStW* 95 (1983), p. 220 *et seq.* (p. 246), que sustenta uma teoria "limitada" bastante parecida com a de Mezger, vez que quer punir por dolo aquele que não conheça a ilicitude devido a uma "deficiência da consciência ético-jurídica" (p. cit.).

(129) Welzel. *Strafrecht...*, p. 131-132; o mesmo, "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975. p. 315 *et seq.* (p. 340); Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 564; Régis Prado. *Curso...*, p. 192.

Porém, desde a década de 70 vem ganhando adeptos[130] a doutrina que entende que o cuidado subjetivo deve ser entendido já como um problema de tipo, de modo que quando o autor não seja capaz de atender ao cuidado objetivo, não só será inculpável, mas sequer agirá ilicitamente. Adota-se como fundamentação quase sempre a teoria das normas: estas só proíbem o possível, pois *ad impossibilia nemo tenetur*.

Uma terceira opinião[131] quer funcionalizar o dever de cuidado de modo que ele tenha seu limite mínimo demarcado objetivamente, enquanto o limite máximo seria fixado de acordo com as capacidades do sujeito.

7.7 Causas de justificação

Da mesma forma que os tipos foram redefinidos a partir de sua função de servir à prevenção geral – só se proíbem comportamentos que *ex ante* pareçam objetivamente perigosos –, a adoção da perspectiva *ex ante* no juízo sobre a existência dos pressupostos de justificação é também defendida por vários autores.[132] Dado que a norma deve incidir no momento da prática da conduta, nenhum fato somente verificável *ex post* pode alterar o seu caráter lícito ou ilícito. Daí porque os pressupostos objetivos de justificação não teriam mais de existir efetivamente, mas sim de ter alta probabilidade de existir, pouco importando que, *ex post*, se descubra que inexistiam. Essa construção, porém, não ficou sem adversários,[133] porque à primeira vista amplia sobremaneira os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade.

(130) Jakobs. *Fahrlässiges Erfolgsdelikt...*, p. 48 *et seq.*; Samson. *Systematischer Kommentar...* (12.ª Lfrg.), anexo ao § 16/13; Otto. *Grundkurs...*, § 10/13; Mir Puig. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal". *El derecho penal...*, p. 225 *et seq.* (p. 227); uma exaustiva exposição das controvérsias encontra-se em Castaldo, *Non intelelligere, quod omnes intelligunt.* München : VVF, 1992, que toma partida pela doutrina individualizadora, acusando as teoria objetivistas de procederem a uma "individualização escondida" (p. 65 *et seq.*). Também alguns finalistas, como Stratenwerth. "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt". *Festschrift für Jescheck.* Berlin : Duncker & Humblot, 1985. p. 285 *et seq.*; e, entre nós, Zaffaroni/Pierangeli. *Manual...*, n. 275, adotam este posicionamento.

(131) Roxin. *Strafrecht...*, § 24/50, que faz referência a Cramer. Se bem que, para Roxin – como para muitos autores –, o chamado dever de cuidado seja absorvido por completo na teoria da imputação objetiva, perdendo sua autonomia dogmática.

(132) Essa concepção parece ter sido inaugurada pelo finalista Armin Kaufmann. "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht". *Festchrift für Welzel.* Berlin : DeGruyter, 1974. p. 393 *et seq.* (p. 401); entre os funcionalistas, vejam-se Frisch. *Vorsatz...*, p. 424; Mir Puig. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho". *El derecho penal...*, p. 30 *et seq.* (p. 78); Wolter. *Zurechnung...*, p. 38.

(133) Entre os funcionalistas, vejam-se Otto. *Grundkurs...*, § 8/16; Roxin. *Strafrecht...*, § 14/86, nota 105; entre os não funcionalistas, Jescheck/Weigend. *Lehrbuch...*, p. 331.

Outra construção altamente controversa é a de Günther,[134] o qual resolveu criar, ao lado das tradicionais causas de justificação, que transformam o fato em lícito perante a ordem global do direito, o que ele chama de "causas de exclusão do injusto penal" (*Strafunrechtsausschließungsgründe*),[135] que se limitam a excluir o ilícito penal, sem contudo prejudicar a valoração da parte dos outros ramos do direito. O direito penal, como *ultima ratio*, possui também um ilícito especialmente qualificado, especificamente penal. Seu ilícito é antes de tudo "ilícito merecedor de pena" (*strawürdiges Unrecht*),[136] que pode ser excluído, sem que com isso se retire ao direito civil ou ao administrativo a possibilidade de declararem o fato ilícito. Para Günther,[137] o consentimento do ofendido seria uma dessas causas de exclusão do ilícito penal, vez que os seus requisitos no direito penal e no civil são distintos, de modo que se torna impossível afirmar que o consentimento do direito penal opera efeitos no civil.

Bem interessante é a solução de Jakobs, *Strafrecht...* § 11/3, que divide as causas de justificação em três grupos: no primeiro, a justificação surge como conseqüência de um comportamento da vítima (legítima defesa, por exemplo); no segundo, o ataque ocorre no interesse da vítima (consentimento); e no terceiro, a vítima é sacrificada em prol de outras pessoas (estado de necessidade justificante). A perspectiva *ex ante* ou *ex post*, objetiva ou subjetiva, será adotada diferentemente em cada grupo, sempre tendo-se em vista o essencial: que se está a tomar uma decisão a respeito de "qual dos envolvidos deve suportar o risco do erro" (§ 11/9).

(134) Lançada no livro *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. Berlin : Duncker & Humblot, 1983, de que infelizmente não disponho. Veja-se, porém, Günther, *Systematischer Kommentar...* (28.ª Lfrg.), prévio ao § 32/19, especialmente § 32/30 *et seq.* Esta concepção conta com vários adeptos, entre os quais: Schünemann. "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld". *Bausteine...*, p. 149 *et seq.* (p. 177); Amelung. "Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtsystems von Roxin". *Grundfragen...*, p. 85 *et seq.* (p. 92 *et seq.*); Mir Puig. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad...", p. 231; Mir Puig. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal". *El derecho penal...*, p. 225 *et seq.* (p. 231); Luzón Peña. *Curso...*, p. 563 *et seq.*; e o finalista Gössel. In Maurach/Gössel/Zipf. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989, vol. II, § 44/8.

Entre os críticos, citemos Roxin, *Strafrecht...*, § 11/36, que reconhece, com Günther, a possibilidade de uma exclusão de ilícito penal, mas considera errônea a distinção que faz este autor entre causas de justificação e causas de exclusão do injusto penal (§ 11/2); Diez Ripollés. In Luzón Peña/Mir Puig (coordenadores). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona : Aranzadi Editorial. 1995, p. 87 *et seq.*, que, após fazer um bom resumo da teoria (p. 88-103) e das opiniões de seus adeptos (p. 103-112), aceita os seus pressupostos (p. 146), mas extrai conseqüências de todo opostas às de Günther (p. 150: o ilícito penal seria mais difícil de excluir!); já Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/4, nota 10.ª; e Cortes Rosa. "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssytem". *Bausteine...*, p. 183 *et seq.* p. 202 *et seq.*, recusam por completo a concepção de Günther.

(135) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/40.

(136) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/5.

(137) Günther, *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 32/51. Apresentou o autor a seguinte classificação das causas de exclusão de ilicitude (Günther. "La clasificación

Os adversários desta construção sublinham, primeiramente, que ela rompe com o postulado da unidade da ordem jurídica,[138] o que não me parece correto, vez que o reconhecimento de um ilícito especialmente penal nada mais faz que levar até o fim o princípio da subsidiariedade. Critica-se-lhe igualmente sua desnecessidade,[139] considerando-se que o consentimento ficaria melhor explicado como causa de atipicidade, não havendo porque recorrer a uma ilicitude exclusivamente penal para explicar a razão dos diferentes requisitos entre o consentimento civil e penal.

Por fim, duas palavras a respeito do elemento subjetivo de justificação. Enquanto o finalismo[140] exigia a finalidade de justificação (isto é, vontade de defender-se, vontade de salvar o bem jurídico ameaçado), composta de um momento cognitivo e outro volitivo, vem se impondo cada vez mais a opinião[141] de que seria desnecessário um elemento volitivo (e não só entre os autores[142] que adotam a teoria da representação, no dolo), bastando a consciência dos pressupostos objetivos de justificação. No crime culposo, vem ganhando campo o posicionamento daqueles[143] que dispensam qualquer elemento subjetivo de justificação. Há

de las causas de justificación en derecho penal". *Causas de justificación...*, p. 45 *et seq.*), de acordo com a intensidade de seus efeitos: as primeiras são as causas oriundas de deveres jurídicos (p. 53-54); depois, as decorrentes de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como a liberdade de reunião ou manifestação (p. 54); as que configuram direitos de intervenção na esfera alheia, como o estado de necessidade ou a legítima defesa (p. 54-55). Estes três grupos são causas de justificação que operam diante da ordem jurídica como um todo. Depois, passa Günther a elencar as causas de exclusão do injusto penal: as fundadas na renúncia do interesse por seu titular, como o consentimento e o consentimento presumido (p. 55); algumas chamadas causas de exclusão do tipo, como as indicações no aborto (p. 56); causas de atenuação do injusto, que compreendem um pequeno excesso em qualquer causa de justificação (p. 57-58). Estas três últimas possuem eficácia restrita ao direito penal, nada prejulgando a respeito da valoração a ser emitida pelos demais ramos do direito.

(138) Quanto à resposta de Günther, veja-se *Systematischer Kommentar*, prévio ao § 32/31: "a unidade da ordem jurídica não impede, mas pelo contrário, favorece a que se preste atenção às peculiaridades dos diferentes ramos do direito, (...), não se podendo tratar de modo igual os diferentes, devendo-se isso sim diferenciar de modo adequado".

(139) Além de alguns autores citados à nota 125, veja-se o finalista Hirsch, *Die Entwicklung...*, p. 413-414: "Fica claro, portanto, que a teoria da exclusão do injusto penal não exige que, nos casos expostos, se coloque em dúvida o postulado da unidade da ordem jurídica".

(140) Welzel. *Strafrecht...*, p. 83-84; Cerezo. *Curso...*, p. 198.

(141) Roxin. *Strafrecht...*, § 14/94 *et seq.*; Frisch. *Vorsatz...*, p. 460; Jakobs. *Strafrecht...*, § 11/21. No sentido da doutrina tradicional, porém, Günther. *Systematischer...*, prévio ao § 32/87.

(142) Como Frisch e Jakobs (veja-se a n. 114).

(143) Jakobs, *Strafrecht...*, § 11/30; Samson, *Systematischer...*, anexo ao § 16/32. Observe-se que esta opinião já foi defendida entre nós pioneiramente por Juarez

igualmente, em especial entre os italianos,[144] quem negue a existência de qualquer elemento subjetivo, tanto para justificar fatos típicos dolosos como culposos.

7.8 Culpabilidade

A crítica feita por Engisch[145] à fundamentação da culpabilidade no "poder-agir-de-outra-maneira" é normalmente aceita, costumando-se admitir que o livre arbítrio é uma premissa cientificamente inverificável. Vão diminuindo paulatinamente os adeptos[146] deste fundamento da culpabilidade, à medida que surgem concepções que a funcionalizam, colocando-a em estreitas relações com os fins da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial).[147] Por incumbir à culpabilidade a decisão final sobre se e o quanto da apenação, não pode ela ser compreendida em separado dos fins da pena.[148]

Assim é que Jakobs apresenta seu polêmico conceito funcional de culpabilidade, que vê nela a "competência pela ausência de uma motivação jurídica do-

Tavares. *Direito penal da negligência.* São Paulo : RT, 1985, p. 158. Já Roxin, *Strafrecht...*, § 11/96, ressalta inexistir verdadeira justificação, mas tão-só compensação do desvalor do resultado, obtendo-se, materialmente, uma tentativa culposa, que como tal é impunível.

(144) Assim Marinucci/Dolcini, *Corso...*, p. 487-488; Fiandaca/Musco, *Diritto penale...*, p. 223, em virtude do art. 59, comma 1, do CP italiano, que dispõe: "le circonstanze che escludono la pena sono valutate a favore dell´agente anche se da lui non conosciute, o por errore ritenute inesistenti". Em sentido contrário, porém, Moccia, *Il diritto penale...*, p. 204, que adota a opinião finalista, exigindo consciência *e* vontade de justificar-se.

(145) Engisch. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart.* 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1965, especialmente p. 22 *et seq.*

(146) Otto. *Grundkurs...*, § 12/17 *et seq.*; Rudolphi. *Systematischer Kommentar...*, prévio ao § 19/1, que, ainda assim, aceitam a crítica de Engisch, fundamentando seu ponto de vista em outras razões, tais como a dignidade humana e a realidade social.

(147) Isso sem esquecer que existem várias outras teorias. Registrem-se, como mais importantes: a de Schmidhäuser, *Studienbuch...*, § 7/7, para quem a culpabilidade significa o ânimo contrário ao direito consubstanciado no fato individual (ligeira variante da concepção inaugurada por Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand...*, p. 45); Mir Puig, *Función...*, p. 88, fundamenta a culpabilidade na capacidade de motivação normal do autor; Figueiredo Dias, *Liberdade, culpa, direito penal*, 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1995. p. 165, para quem a culpabilidade é "o ter que responder pela personalidade que fundamenta um fato ilícito-típico e nele se exprime" (veja-se, também, *Sobre a construção dogmática...*, p. 239).

(148) Assim Roxin. *Kriminalpolitik...*, p. 33, *Política criminal*, p. 67 *et seq.*; Jakobs. "Culpabilidad y prevención". Trad. Suárez González. *Estudios...*, p. 73 *et seq.* (p. 77 *et seq.*). Observe-se que mesmo entre os finalistas mais ortodoxos já se encontravam manifestações neste sentido: veja-se, por exemplo, Armin Kaufmann, "Hans Welzel zum Gedenken", p. 290: "(...) os critérios e os elementos da culpabilidade não são definíveis sem recurso aos fins da pena".

minante no comportamento antijurídico".[149] O que interessa, portanto, é se a violação da norma precisa ser explicada através de um defeito na motivação do autor – caso em que ela é adscrita a seu âmbito de competência (e ele é considerado culpável) – ou se pode ser distanciada dele, explicando-se por outras razões.[150] Logo, culpável será aquele às custas do qual a norma deve ser revalidada, aquele que a sociedade declara sancionável. A culpabilidade nada mais é que um derivado da prevenção geral.

Roxin é mais moderado, pois, ao contrário de Jakobs, não descarta a idéia de culpabilidade,[151] valendo-se dela como elemento limitador da pena.[152] Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. Culpabilidade e necessidades preventivas passam a inte-

(149) Jakobs. *Strafrecht...*, § 17/1; "Culpabilidad...", p. 95: "el juicio de culpabilidad constituye siempre una mera descripción de la contribución que los (sub)-sistemas individuales tienen que prestar para el mantenimiento del ordenamiento, y, ciertamente sin la posibilidad, en caso de incumplimiento, de remitirse a outro ámbito". Vejase, também, *Norm, Person...*, p. 93. Sustentam uma concepção parecida com a de Jakobs também Achenbach, "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld". *Grundfragen...*, p. 135 *et seq.* (p. 138): "nós não verificamos uma responsabilidade preexistente, mas nós a adscrevemos, fazemos o autor responsável. (...) Trata-se portanto de "imputação individual", de imputabilidade individual do fato ilícito"; Mir Puig (apesar das inúmeras críticas que dirige este autor a Jakobs em outros estudos, a proximidade entre os dois chega a impressionar, pois considera a culpabilidade uma mera adscrição), "Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena". *El derecho penal...*, p. 171 *et seq.* p. 174; Moccia. "Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1989, p. 1.006 *et seq.* (p. 1.022), que segue expressamente a concepção de Achenbach; Muñoz Conde. In Muñoz Conde/García Aran. *Derecho penal – Parte general.* 3. ed. Valencia : Tirant Lo Blanch, 1998. p. 393 *et seq.*, que faz expressa referência a Jakobs, se bem que não compartilhe as premissas sociológicas; e Gimbernat Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft,* em: ZStW 82 (1970), p. 379 *et seq.* (p. 404), que reinterpreta as exclusões de culpabilidade, em especial a inimputabilidade, sem recorrer ao poder-agir-de-outra-maneira, mas levando em conta as necessidades geral-preventivas da sociedade.

(150) Jakobs. *Strafrecht...*, § 17/20; veja-se também *Culpabilidad...*, p. 92: "Sólo cuando exista la posibilidad de "procesar" el conflicto de outra manera (isto é, que não o imputando ao autor – obs. minha), puede plantearse la exculpación".

(151) Pois Jakobs, na verdade, desfaz-se dela por completo; o que resta da culpabilidade em seu sistema é unicamente o nome. Apesar da recusa em fundamentá-la no livre arbítrio, Roxin tenta utilizar-se de um conceito menos metafísico, entendendo a culpabilidade como "agir ilicitamente apesar da endereçabilidade pelas normas" (*Strafrecht...*, § 19/36).

(152) Roxin. *Strafrecht...*, § 3/48 *et seq.*; "Sentido e limites da pena estatal". *Problemas fundamentais...*, p. 15 *et seq.* (p. 35); "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform,* ano 56 (1973), p. 316 *et seq.* (p. 319).

grar o terceiro nível da teoria do delito, que Roxin chama de "responsabilidade" (*Verantwortlichkeit*). "A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei."[153] Será necessário o concurso tanto da culpabilidade como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição.

7.9 Punibilidade

Deixando de lado o improfícuo debate a respeito de pertencer ou não esta categoria ao conceito de crime,[154] centremos nossas atenções sobre as recentes tentativas de encontrar um fundamento comum para este último pressuposto da pena, que tradicionalmente é entendido de um modo puramente negativo, tendo por conteúdo tudo que não pertence à nenhuma das outras categorias.

Alguns autores, como Schmidhäuser[155] e Figueiredo Dias,[156] tentam fazer do merecimento de pena (*Strafwürdigkeit*) o fundamento desta categoria. Já Roxin,[157] que considera os pontos de vista preventivos como problemas de responsabilidade, deixa para a punibilidade somente aqueles casos em que a pena se exclui por motivos de política-geral, extrapenal. E, para encerrar, citemos a posição de Jakobs,[158] que faz a categoria da punibilidade desaparecer, sendo absorvida pelo ilícito: as hipóteses tradicionais de não punibilidade são entendidas como causas de atipicidade ou exclusão da antijuridicidade.

8. Conclusão

E se, por um lado, lá se vão já trinta anos desde que Roxin escreveu seu Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, o manifesto do funcionalismo, por outro, o sistema permanece em sua plena juventude. Os frutos que deu – que, como vimos, foram inúmeros – não passam de uma primeira safra, não sendo

(153) Roxin. *Strafrecht...*, § 19/3. Seguem-no, com pequenas variações, Schünemann, "Funktion des Schuldprinzips...", p. 179; Amelung. "Zur Kritik...", p. 97 *et seq.*; Fiandaca/Musco. *Diritto penale...*, p. 276 *et seq.*; já Costa Andrade, "Strafwürdigkeit und Strafbedüftigkeit als Referenzen einer Verbrechenslehre". *Bausteine...*, p. 121 *et seq.* (p. 144-145), confessa sua simpatia face a esta construção, mostrando-se porém cético quanto à possibilidade de reunir dois conceitos heterôgeos e disfuncionais sob a mesma rubrica.

(154) Para um panorama das opiniões, com especial atenção para a doutrina espanhola, onde é mais comum a inclusão da punibilidade entre os elementos do crime, veja-se Cerezo Mir, *Curso...*, p. 20, nota 14.

(155) Schmidhäuser. *Studienbuch...*, § 9/4 e § 9/11.

(156) Figueiredo Dias, "Dogmática do fato punível...", p. 246, que, por preferir deixar a culpabilidade pura de qualquer interferência político-criminal, joga tais considerações em parte para a punibilidade.

(157) Roxin. *Strafrecht...*, § 23/21.

(158) Jakobs. *Strafrecht...*, § 10/4.

arriscado esperar muitas outras. E isto porque, pela primeira vez, faz-se um esforço consciente no sentido de superar as tensões sistema *versus* problema, segurança *versus* liberdade, direito penal *versus* política criminal, na síntese que será o direito penal do Estado material de direito: um direito penal comprometido com uma proteção eficaz e legítima de bens jurídicos, "o mais humano de todos os sistemas jurídico-penais até hoje formulados".[159]

Apêndice – Resumo da apresentação oral do trabalho[160]

A pedido do público, sintetizo, em cinco tópicos, os assuntos tratados na apresentação oral do trabalho.

a) Finalismo x funcionalismo. O finalismo como uma doutrina *ontologista*, que considera o ser capaz de prejulgar o problema valorativo; o funcionalismo como uma doutrina *teleológica*, orientada para a realização de certos valores.

A crítica do finalismo corresponde, em suas linhas, à exposta acima, item 5.

b) Natureza e origem das valorações reitoras do sistema. Como o funcionalismo se orienta para realizar valores, surge a indagação a respeito da origem e natureza destes. Que valores interessam ao penalista quando se lança ele à resolução de conflitos jurídicos?

No sistema de Roxin, os valores provêm da *política criminal*, mas não de qualquer política criminal, e sim daquela acolhida pelo Estado material de direito.

No sistema de Jakobs, os valores são deduzidos de uma *teoria sociológica*, o funcionalismo sistêmico de Luhmann.

É absolutamente imprescindível que se mantenha em mente esta distinção entre os dois sistemas. Pois muitas das críticas dirigidas à concepção de Roxin na verdade têm por objeto unicamente as premissas de Jakobs. É errado apontar em Roxin um fundamento sociológico.

É ilustrativo o seguinte trecho do próprio Roxin, que sintetiza os argumentos por mim aduzidos nesta palestra no sentido de esclarecer um tal mal entendido: "Uma diferença essencial entre meus esforços, no plano dogmático e sistemático, e os objectivos de Jakobs e que eu pretendo converter em categorias dogmáticas e soluções de problemas jurídicos de um Estado de Direito liberal e social, enquanto que, devido ao ponto de partida sistêmico teorético de Jakobs, não constituem dados prévios nenhuns conteúdos nem nenhumas finalidades de política criminal. Da perspectiva de Jakobs, a única coisa que importa é, como

(159) Figueiredo Dias. "Resultate und probleme beim aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem...". Coimbra-Symposium. p. 357 *et seq.* (p. 365).

(160) Acrescido no dia 17.04.2000, a pedido do público que escutou a apresentação deste trabalho no congresso de Salvador. A versão oral do trabalho, que agora se vai resumir, diferiu, é verdade, bastante da escrita, o que se deveu não só a motivos de tempo e a considerações didáticas, como também à necessidade de responder às fundadas críticas formuladas pelo outro palestrante, o ilustre Dr. Wellington Lima, ao sistema funcionalista do delito. Faço agora, portanto, um rápido resumo daquilo que disse em minha palestra, acrescentando uma ou outra referência bibliográfica.

ele próprio põe em relevo, a 'força de auto-manutenção do sistema' (...) A teoria sistêmica como fundamento do sistema do direito penal é portanto infrutífera quanto a seu conteúdo".[161]

c) A proximidade à realidade da construção sistemática roxiniana. Teleologismo não significa fuga para os valores, isolamento da realidade. O sistema de Roxin trabalha, de um lado, com valorações político-criminais – por via de dedução – e, de outro, as complementa com um exame da matéria jurídica – ou seja, fazendo uso da indução. Para detalhes, veja-se acima, 6.

Além disso, não há como falar em política criminal eficaz, se esta desconhece a realidade fática sobre a qual agirá. "A idéia de estruturar categorias básicas do direito penal através de pontos de vista político-criminais permite que postulados sociopolíticos, mas também dados empíricos e em especial criminológicos possam ser tornados frutíferos para a dogmática jurídico-penal".[162]

Logo, fazer ao sistema de Roxin o reproche de "idealista", "normativista", é no mínimo errôneo, e só faria sentido se aceitáveis fossem os pressupostos ontologistas do finalismo.

d) Repercussões concretas na teoria do delito. Se uma árvore se julga por seus frutos, a teoria da imputação objetiva e a culpabilidade funcionalizada por considerações de prevenção serão por si suficientes para comprovar as vantagens do método funcionalista. Para maiores detalhes, veja-se acima, 7.2, e 7.8.

E no sistema de Roxin, em momento algum o conteúdo garantístico de tais categorias, oriundo da elaboração sistemática tradicional, é deixado de lado. Assim é que a imputação objetiva surge não como um substituto da causalidade, mas como o seu complemento;[163] e as considerações preventivas igualmente não suplantam a culpabilidade, mas são a ela acrescentadas.

e) Perguntas feitas após a exposição oral.

e.1) Não será perigoso fundamentar o sistema na política criminal?

Não o creio, porque a política criminal que orienta o sistema da teoria do delito está por sua vez vinculada ao Estado material de direito. Os direitos fundamentais e os demais princípios garantísticos integram, portanto, a política criminal. O que não se compreende é um direito penal que esteja desvinculado desta base valorativa fornecida pela Constituição. Mais detalhes acima, nota de rodapé n. 61.

e.2) Conceitos valorativos, como os que prefere o funcionalismo, não serão menos seguros, pouco determinados?

Não necessariamente. Em primeiro lugar, sequer conceitos ontológicos possuem a univocidade que seus defensores lhes atribuem. Em segundo lugar, uma

(161) Roxin. *Sobre a evolução da ciência...*, III.

(162) Roxin. "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems". *Festschrift für Günther Kaiser*. Berlin : Duncker & Humblot, 1998. p. 885 *et seq.* (p. 885).

(163) Roxin. *Strafrecht...*, § 11/10: "(...) nos delitos comissivos, o nexo de causalidade entre a ação e o resultado é uma condição necessária, mas não suficiente, da imputação ao tipo objetivo. (...). A causalidade, nos delitos comissivos, somente marca o limite máximo da responsabilidade penal, mas nesta função continua sendo indispensável".

vez admitido que a tarefa do direito não está em descrever a realidade, mas em realizar valores, tais como a dignidade humana e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, a utilização de conceitos valorados se torna inevitável. Cumpre, isso sim, concretizá-los, tornando-os mais seguros e precisos, através do exame da matéria jurídica.

Bibliografia

ACHENBACH. "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.

ALVARADO, Reyes. *Imputación objetiva*. 2. ed. Bogotá : Temis, 1996.

AMELUNG. "Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtsystems von Roxin". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.

ANDRADE, Costa. "Strafwürdigkeit und Strafbedüftigkeit als Referenzen einer Verbrechenslehre". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.

ASÚA, Jimenez de. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires : Editorial Losada, 1965. t. III.

BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. 4. reimpressão. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus. 1996.

BITTENCOURT. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999.

BOCKELMANN; VOLK. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 4. ed. München : C. H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung, 1987.

BRICOLA. "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1988.

BRUNO. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967. t. I.

BUSCH. *Modernas transformaciones en la teoría del delito*. 3. ed. Bogotá : Temis, 1992 (Trad. do estudo de 1949).

BURI. *Über Kausalität und deren Verantwortung*. Ferdinand Keip Verlag. Reedição de 1970 do livro de 1873.

CALLEGARI. "A imputação objetiva no direito penal", *RT* 764 (1999).

CASTALDO. *Non intelelligere, quod omnes intelligunt*. München : VVF, 1992.

CONDE, Muñoz; ARAN, García. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.

DIAS, Figueiredo. "A ciência conjunta do direito penal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.

———. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.

———. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1995.

———. "Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystem". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.

———. "Schuld und Persönlichkeit", *ZStW* 95 (1983).

———. "Sobre a construção dogmática do fato punível". *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.

ENGISCH. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*. 2. ed. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1968.

———. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1965.

———. "Sinn und Tragweite juristischer Systematik". *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984.

———. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen : Scientia Verlag, Reedição de 1964 da edição original de 1930.

———. "Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken". *Beiträge zur Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. : Vittorio Klostermann, 1984.

FIANDACA; MUSCO. *Diritto penale – Parte generale*. 3. ed. Bologna : Zanichelli Editore, 1995.

FRAGOSO. *Lições de direito penal – Parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

FRANK. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Giessen : Alfred Töpelmann Verlag, 1907.

FREUDENTHAL. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1922.

FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg : C. F. Müller, 1988.

———. *Vorsatz und Risiko*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983.

GALLAS. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", *ZStW* 67 (1955).

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000.

GAMA, Fernando. *Elementos éticos para a conceituação da pretensão punitiva*. Inédito.

GÜNTHER. "La clasificación de las causas de justificación en derecho penal". In Luzón Peña/Mir Puig (coordenadores). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona : Aranzadi Editorial, 1995.

HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. 2. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990.

———. "Variationen der positiven Generalprävention". In Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (editores). *Positive Generalprävention*. Heidelberg : C. F. Müller, 1998.

HENKEL. "Bemerkungen zum Verhältnis von Recht und Politik". *Festchrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.

———. *Recht und Individualität*. Berlin : DeGruyter, 1958.

HIRSCH. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", *ZStW* 106 (1994).

———. "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel". *Festschrift der Rechtswisschaftlichen Fakultät Köln*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1988.

———. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. Bonn : Ludwig Rohrscheid Verlag, 1960.

HÖFFE, Ottfried. *Immanuel Kant*. Trad. Marshall Farrier. New York : State University of New York Press, 1994.

HONIG. "Kausalität und objektive Zurechnung". *Festgabe für Reinhardt Frank*. 1930. Reedição de 1969, vol. I.

HRUSCHKA. *Strafrecht nach logischer analytischer Methode*. 2. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1988.

HUME. *A treatise of human nature*. London : Penguin, 1985.

JAKOBS. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Peñaranda Ramos).

———. "Culpabilidad y prevención". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Suárez Gonzales).

———. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1996.

———. "El concepto jurídico-penal de acción". *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997 (Trad. Cancio Meliá).

———. *La imputación objetiva en derecho penal*. Madrid : Civitas, 1996 (Trad. Cancio Meliá).

———. *Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1999.

———. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", *ZStW* 89 (1977).

———. *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1993.

———. *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*. München : Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1998.

JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Armin. "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.

———. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen : Otto Schwarz Verlag, 1988.

———. "Hans Welzel zum Gedenken". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.

———. "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung". *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1982.

———. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976.

———. "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht". *Festchrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.

KAUFMANN, Arthur. "Die ontologische Struktur der Handlung". *Schuld und Strafe*. 2. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1983.

KÖHLER. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1996.

KÜPPER. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin : Duncker & Humblot, 1990.

LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1991.

———. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, reimpressão da edição de 1927. Aalen : Scientia, 1970.

LISZT. *Tratado de direito penal allemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro : F. Briguet & C. Editores, 1899. t. I.

LUHMANN. *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1997.

———. *Rechtsoziologie*. 3. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1987.

———. *Soziale Systeme*. 7. ed. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1999.

MANTOVANI, Pettoello. "Pensieri sulla politica criminale". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998.

MARINUCCI; DOLCINI. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1999. vol. I.

MARINUCCI. *Il reato come 'azione': critica di un dogma*. Milano : Giuffrè, 1971.

MAURACH; GÖSSEL; ZIPF. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 7. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1989. vol. II.

MAURACH; ZIPF. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 8. ed. Heidelberg : C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992. vol. I.

MELIÁ, Cancio; RAMOS, Peñaranda; GONZÁLEZ, Suarez. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs". In JAKOBS. *Estudios de derecho penal*. Madrid : Civitas, 1997.

MEZGER. *Tratado de derecho penal*. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.

MILESI. "Resenha a Kriminalpolitik und Strafrechtssystem". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*. 1988.

MIR, Cerezo. *Curso de derecho penal español – Parte general*. 6. ed. 1. reimpressão. Madrid : Tecnos, 1999. vol. II.

MOCCIA. *Il diritto penale tra essere e valore*. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

———. "Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*, 1989.

MONTES, Suarez. "Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?", *Festchrift für Welzel*. Berlin : DeGruyter, 1974.

NIESE. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1951.

ORDEIG, Gimbernat. "Acerca del dolo eventual", *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.

———. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999.

———. "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", *ZStW* 82 (1970).

———. "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento". *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1990.

OTTO. *Grundkurs Strafrecht*. 5. ed. Berlin-New York : DeGruyter, 1996.

PAWLOWSKI. *Einführung in die juristische Methodenlehre*. Heidelberg : C. F. Müller, 1986.

PEÑA, Luzón. *Aspectos essenciales de la legítima defensa*. Barcelona : Bosch, 1978.

———. *Curso de derecho penal – Parte general*. Madrid : Editorial Universitas, 1996. vol. I.

———. "Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.

———. "Prevención general, sociedad y psicoanálisis". *Estudios penales*. Barcelona : PPU, 1991.

PRADO, Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1999.

PUIG, Mir. "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

———. "El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en derecho español". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

———. "Función fundamentadora e función limitadora de la prevención general positiva". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

———. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho". *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

———. "La perspectiva ex ante en derecho penal", *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : Ariel, 1994.

———. "Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena". *El derecho penal...*

QUEIROZ, Paulo. "Para uma configuração monista-funcional da teoria do delito". In Lélio Calhau (ed.). *Estudos jurídicos – Homenagem ao Promotor Cléber Rodrigues*. Minas Gerais, 2000.

RADBRUCH. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Reedição de 1967 da obra de 1904.

———. "Rechtsidee und Rechtsstoff". In Kaufmann (ed.). *Die ontologische Begründung des Rechts*. Bad Homburg von der Höhe : Hermann Gentner Verlag, 1965.

———. *Rechtsphilosophie*, republicação da 3. ed. de 1932. Heidelberg : C. F. Müller, 1999.

RIPOLLÉS, Diez. "La categoría de la antijuridicidad en derecho penal". In Luzón Peña/Mir Puig (cords.). *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona : Aranzadi Editorial, 1995.

ROMANO. "'Meritevolezza di pena', 'bisogno di pena' e teoria del reato". *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* 1992.

ROSA, Cortes. "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssytem". In Figueiredo Dias/Schünemann (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymann's Verlag, 1995.

ROXIN; ARZT; TIEDEMANN. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht*. 3. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1994.

ROXIN. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação". *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).

———. "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts". *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht.

———. "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56 (1973).

———. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1973.

———. "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip". *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56 (1973).

———. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*. 2. ed. Berlin : DeGruyter, 1970.

———. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

———. "Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal". *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).

———. "Resolução do facto e começo da execução na tentativa". *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Maria Fernanda Palma).

———. "Sentido e limites da pena estatal". *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa : Vega Universidade, 1993 (Trad. Ana Paula Natscheradetz).

———. *Sobre a evolução da ciência juspenalista alemã no período posterior à guerra* – Oração de sapiência do Prof. Dr. Claus Roxin em razão de seu doutoramento *honoris causa* pela Universidade Lusíada de Lisboa, inédito.

———. *Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a 2.ª Guerra Mundial* – Discurso proferido no seminário internacional de direito penal, ocorrido em março de 2000, na Universidade Lusíada de Lisboa, inédito.

———. *Strafrecht – Allgemeiner Teil.* 3. ed. München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997. vol. I.

———. *Täterschaft und Tatherrschaft.* 6. ed. Berlin : DeGruyter, 1994.

———. "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems". *Festschrift für Günther Kaiser.* Berlin : Duncker & Humblot, 1998.

RUDOLPHI. "Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems.* Berlin-New York : DeGruyter, 1984.

RUDOLPHI; HORN; GÜNTHER; SAMSON. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.* 7. ed. Berlin : Luchterhand, 1997.

SAMSON. *Strafrecht I.* 7. ed. Framkfurt a.M. : Alfred Metzner Verlag, 1988.

SAUER. *Derecho penal – Parte general.* Trad. da 3. ed. alemã, de 1955, por Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona : Bosch, 1956.

SCHAFFSTEIN. "Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten". *Festschrift für Welzel.* Berlin : DeGruyter, 1974.

SCHMIDHÄUSER. *Einführung in das Strafrecht.* 2. ed. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1984.

———. *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Studienbuch.* Tübingen : Mohr-Siebeck, 1982.

———. "Zur Systematik der Verbrechenslehre", *Gedächtnisschirft für Gustav Radbruch.* Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1968.

SCHÜNEMANN. "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld". In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin.* Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1995.

———. "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht". In Schünemann (ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems.* Berlin-New York : DeGruyter, 1984.

———. "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken". In Schünemann (ed.). *Grundfragen...*

———. "Über die objektive Zurechnung", *GA* (1999).

SOUSA E BRITO. "Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung". In Schünemann/Figueire-

do Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1995.

STRATENWERTH. *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*. Tübingen : Mohr-Siebeck, 1957.

———. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 3. ed. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns Verlag, 1981.

———. *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken*? Berlin-New York : DeGruyter, 1995.

———. "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrläissgkeitsdelikt", *Festschrift für Jescheck*. Berlin : Duncker & Humblot, 1985.

STRUENSEE. "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", *GA*, 1987.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. São Paulo : RT, 1985.

———. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.

VIEHWEG. *Topik und Jurisprudenz*. 5. ed. München : C. H. Beck, 1974.

WELZEL. *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*. Karlsruhe : C. F. Müller, 1953.

———. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin : DeGruyter, 1969.

———. *Diritto naturale e giustizia materiale*. Trad. da 4. ed. alemã de 1962. Milano : Giuffrè, 1965.

———. "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte", *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975.

———. "Naturalismus und Wertphilosophie". *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin-New York : DeGruyter, 1975.

———. "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW* 59 (1939).

———. *Um die finale Handlungslehre – Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*. Tübingen : Mohr, 1949.

WESSELS; BEULKE. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. 28. ed. Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 1998.

WOLFF, Ernst A. *Kausalität von Tun und Unterlassen*. Heidelberg : Carl Winter Universitätsverlag, 1965.

WOLTER. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin : Duncker & Humblot, 1981.

———. "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechstsystem". *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg : R. v. Dencker's Verlag, 1993.

———. "Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus". *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York : DeGruyter, 1984.

———. "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem". In Schünemann/Figueiredo Dias (editores). *Bausteine des europäischen Strafrechts – Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln-Berlin-Bonn-München : Carl Heymanns. 1995.

ZAFFARONI; PIERANGELI. *Da tentativa*. 5. ed. São Paulo : RT, 1998.

———. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997.

ZIELINSKI. *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Berlin : Duncker & Humblot, 1973.

2.4

170 ANOS DE LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A fase pré-iluminista – 3. Os ideais iluministas – 4. Reflexos iluministas na Constituição de 1824 – 5. A modernidade do Código Criminal do Império em seu tempo – 6. Contribuições filosóficas para as gerações posteriores – Bibliografia.

Resumo: O ano de 2000 é marco dos cento e setenta anos da história da legislação penal brasileira. De berço liberal, muitas das tendências sentidas ao longo das posteriores codificações penais tiveram origem no Império. Os erros e as glórias do passado muito explicam os desacertos do presente.

Palavras-chave: Direito penal – História do Direito – Constituição de 1824 – Código Criminal do Império.

1. Introdução

Poucos momentos foram, para o Brasil, tão importantes quanto o século XIX. Deixou o país de ser colônia para tornar-se metrópole. Ganhou família real. Declarou independência. Teve seus momentos parlamentaristas. Fundaram-se os cursos jurídicos nacionais. Sofreram-se os efeitos de guerra cruenta. Aboliu-se a escravatura e proclamou-se a República. Muito mudou.

Particularmente de interesse ao Direito, a fase pós-separatória de Portugal mostra-se de todo intrigante. A Constituição do Império, de 1824, e, ao depois, o Código Criminal de 1830 muito inovaram as noções reinantes quanto à abordagem jurídica do Estado.

Ainda que fruto de Carta outorgada, a Constituição de 1824 revolucionou as feições nacionais. Introduziu conceitos de liberdades, direitos e garantias estranhos à filosofia de Estado absolutista. A transformação da mentalidade e da filosofia, cambiando os ideais de Maquiavel para os de Montesquieu, a isso proporcionou. As Luzes fizeram-se sentir aqui.

O mesmo se diga do Código Criminal. Substituindo o Livro V das Ordenações do Reino, também acresceu a legislação de garantias ao homem comum. A

primeira lei propriamente nacional foi de cunho tipicamente iluminista. É de se dizer que, no Brasil, a partir de 1830, a todos se garantia a justiça, sem mais se levar em conta a classe das pessoas, ou mesmo sua história familiar.

Não faz juz a realidade jurídica dos dias de hoje ao glorioso passado que ostenta a tradição brasileira. A liberdade, a dignidade, a causa de Têmis, enfim, melhor eram guardadas nos primeiros dias do Império. Mesmo assim, já eram presentes algumas das incongruências e desmandos que, hodiernamente, a todos chocam.

Bem lembra Reale Jr., que o Direito "está inserido na história, e sua historicidade se manifesta por ser ele reflexo das condições sociais e culturais de uma época".[1] Assim, não é de se ter que tudo isso ocorreu ao acaso. Passava todo o mundo por revolução no pensar. Anos antes, o Iluminismo lançava âncoras, começando a extirpar as lembranças da Era das Trevas do pensamento humano. Para que bem possam estas mudanças ser entendidas, necessária se faz toda uma retrospectiva histórica. Vendo-se, olhando-se e admirando-se o passado, percebendo quão adiantado já foi, em terras brasileiras, o pensamento jurídico, talvez melhor se compreendam os caminhos a serem tomados para dias vindouros melhores.

Que não se iludam os incautos com estas palavras, pois nem só de liberdade vivia aquela época. A Era das Luzes guardava fronteiras com a mais cruel das autocracias. O terror, presente nas Ordenações do Reino, não poderia, de pronto, ser apagado das mentes dos poderosos e dos humildes. Diversos elementos de repressão, os quais davam guarida e força ao poder central haveriam de ser mantidos, o que, em tese, demonstraria um anacronismo sistêmico.

2. A fase pré-iluminista

De todos sabido, é a dureza pela qual passaram o Direito e o processo penal noutros tempos. A vingança privada, a inimizade, a faida, as ordálias, os crimes religiosos e de lesa-majestade já foram abundantes. O absolutismo e a autocracia propiciaram, por longos períodos, cenas dantescas, quebra do princípio de legalidade e aberrações contra a natureza humana.

Muito caminhou o Direito Penal em sua história. Com origem no pensamento mágico, no totem e no tabu, notável é o recrudescimento criminal sentido dos tempos de Roma à Idade Média. Aliás, do período da divisão do Império Romano até meados do século XVIII, o retrocesso e o terror imposto pelo Estado vigoraram como regra geral.[2] Penas de extrema gravidade, como as corporais e as capitais, as de infâmia, as torturas enfim, eram corriqueiras. A Inquisição, com seus métodos odiosos, tudo justificava para a mantença da fé.[3] Mas não só. Proliferou-

(1) Miguel Reale Jr. *Antijuridicidade concreta.* São Paulo : José Bushatsky, 1973. p. 1.

(2) Cf. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal – Parte general.* Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Comares, 1993. p. 82 *et seq.*

(3) Neste aspecto, de interesse são as obras *Directorium Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich, escrita em 1376, e revista por Francisco De La Peña, em 1578; e *Malleus*

se a imposição do não-aceitável. As trevas atingiam mesmo a dignidade da pessoa humana, sendo esta posta sempre em segundo plano.

O Direito Romano, vigente à época do Império, e renascido no século XII com os glosadores e pós-glosadores, exerceu extrema influência no pensar do Direito. Traçando a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados, atribuía o poder punitivo ao Rei, e este, ao depois, ao magistrado. A partir do reconhecimento da Igreja pelo Estado romano, forte ligação de um passou a haver com o outro. Passam os delitos religiosos a serem tidos como delitos públicos. Empresta, a Igreja, sentido ao Direito e à própria pena. A partir de então, forma-se um uníssono somente a ser rompido com a Ilustração. De fato, a Igreja concebeu, inicialmente, o direito de punir como um poder disciplinar, que a consciência religiosa freqüentemente exercitava.[4]

No período medievo, caído o Império ocidental, restaram influências do ordenamento de Direito Público Romano, mesmo porque este em muito superava o grau de evolução dos invasores. Crescendo cada vez mais em termos de poder, a Igreja estabelece o poder temporal em 755, firmando-se como fonte de poder político.[5]

Numa época constituída por regimes despóticos e absolutos, reinos, impérios e principados, ganhou o Direito caráter arbitrário, seja em relação ao príncipe, seja em relação ao juiz, tanto em relação à imputação do crime, quanto à aplicação das penas. Era época de desigualdades, pois era criadora de separação e distinção no tratamento dos culpados.[6] Balanceando concepções cristãs, que pregavam os elementos morais e teológicos, e germânicas, as quais entendiam por fundamentais os usos e costumes, forma-se o que se tem pelo Direito da Era das Trevas. A vingança divina e a vingança privada eram presentes, buscando-se, enfim, a ordem de paz.

maleficarum, de Heinrich Kramer e James Sprenger, de 1484. A título exemplificativo, é de se constatar a aceitação, por parte delas, da tortura. Diz a primeira, quanto à permissão da tortura em interrogatórios: "tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como 'vacilante' e sim como herege penitente, sendo condenado. O suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova, o que não causará espanto a quem sabe que um depoimento já vale como indício. Dir-se-ia *testius unus, testius nullus*? Isto vale para a condenação, mas não para a presunção. Portanto, uma única acusação é suficiente. Entretanto, convenhamos, o depoimento de uma única pessoa não tem a mesma força que um julgamento civil" (Nicolau Eymerich. *Manual dos inquisitores*. Revisão por Francisco de la Peña. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Brasília : Edunb, 1993. p. 208).

(4) Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino : Utet, 1961. vol. I, p. 61; Eduardo Correia. *Direito criminal*. Coimbra : Almedina, 1968. p. 80 *et seq.*

(5) Vincenzo Manzini. Op. cit., p. 63 *et seq.*

(6) Vincenzo Cavallo. *Diritto penale*. Napoli : Jovene, 1962. v. I, p. 48 *et seq.*

A miscelânea de elementos romanos, bárbaros e canônicos marcou profundamente o Direito daqueles tempos. A Inquisição e seus processos,[7] utilizando-se das ordálias ou juízos de Deus, tipicamente medievais, justificavam mesmo os "duelos judiciais", em que ao ganhador cabia a razão.[8]

O mais célebre caso a retratar este estado de coisas talvez seja o da coluna Infame. Pietro Verri, iluminista dos mais destacados, contemporâneo e amigo, em primeira hora, de Beccaria, bem expõe a impropriedade da prática judicial que tudo permitia. Em suas *Osservazioni sulla tortura*, reconstrói o "processo dos untores", ocorrido em Milão de 1630, onde réus foram acusados, julgados e condenados por terem passado óleo venenoso nas paredes da cidade, com o intuito de espalhar a peste que dizimou parte da população local.[9] Não aceitando a continuação da violência por parte das instituições oficiais, Verri lastrou-se neste processo, em que Guglielmo Piazza e Gian Giacomo Mora, torturados, confessaram o crime, sendo executados com a mesma crueldade do suposto crime.

Em Portugal, as Ordenações, iniciadas a mando de D.Afonso IV em substituição à Lei das Sete Partidas, e seguidas pelas Manuelinas e Filipinas (estas últimas de 1603), também demonstram a rigidez daquela época. Batendo-se contra a justiça privada, proibiam elas a feitura de justiça que não em um tribunal, chamavam, ao poder real, a realização da punição. Ainda que se reconheça o pioneirismo destes Códigos,[10] tem-se de constatar seus defeitos. Compactando aspectos substantivos e adjetivos, faltava-lhe sistemática, não possuindo parte geral, mas apenas e tão-só, parte especial, sempre inconseqüente, injusta e cruel.[11] José Viríssimo Alves da Silva a elas, em especial seu Livro V (o qual ocupava-se da parte criminal), assim se referia: "o Livro V de nossas Ordenações correspondem ao 5.º das *Decretaes* de Gregorio IX, e ao 47 e 48 do *Dig.*, a quem se dá o nome de Terríveis, pelo castigo que neles se determina para os delitos. Esta parte era mais extensa da legislação dos primeiros tempos da Monarquia(...) A mesma amplidão de Legislação Criminal se observa no nosso Código, de tal sorte que, um dos Reis da África, tendo ouvido ler as nossas Ordenações, que lhe foram mandadas, respondeu aos nossos Embaixadores, que pena davam em Portugal a quem punha os pés no chão".[12]

(7) João Bernardino Gonzaga. *A Inquisição em seu mundo*. São Paulo : Saraiva, 1993. Veja-se, ainda, Gustav Radbruch; Enrique Gwinner. "Los processos de brujas". *Historia de la criminalidad* (ensayo de una criminología histórica). Trad. Arturo Majada. Barcelona : Bosch, 1955. p. 177 *et seq.*

(8) Cf. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Losada, 1950. t. I, p. 256 *et seq.*; Vincenzo Cavallo. Op.cit., p. 48 *et seq.*; Vincenzo Manzini. Op. cit., p. 61 *et seq.*

(9) Cf. Pietro Verri. *Observações sobre a tortura*. Trad. de Federico Carotti. São Paulo : Martins Fontes, 1992. Manzoni, A. *Storia della colonna infame*. Napoli : [s.e.] 1843.

(10) Eduardo Correia. Op. cit., p. 101 *et seq.*; Augusto Thompson. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo : RT, 1976. p. 72.

(11) Eduardo Correia. Op. cit., p. 103.

(12) José Viríssimo da Silva. "Introducção ao novo Codigo ou dissertação critica sobre a principal causa da obscuridade do nosso Codigo authentico (Livro 5.º das

Naqueles tempos, entretanto, é de se ver que os princípios humanistas começavam a se delinear. A partir do séc. XII, como se viu, observa-se um princípio de retorno ao Direito Romano, dando respaldo a uma legalidade que voltaria à baila com o Iluminismo. Já no séc. XVI, Julius Clarus, Farinacius, na Itália, e Covarruvias, na Espanha, intentam primórdios de um sistema penal. Na Alemanha, a partir da *Constitutio Criminalis Carolina*, de Carlos V, começa, a ciência criminal a ganhar terreno. Carpzov, com sua ciência empírica, é fundamental nesta fase.[13] Samuel Pufendorf, anos mais tarde, em meados do séc. XVII, começava a traçar a teoria jusnaturalista de liberdade e imputação, enquanto Christian Wolf forma-se como o melhor sistematizador do Direito natural.[14]

Dominado, enfim, pelos princípios de um rígido modelo inquisitorial, como o segredo e o total predomínio do órgão de acusação, o sistema pré-iluminista era, como se vê, armado de instrumentos de severidade extrema.[15] Quanto a isso, são as colocações de Hélie, lembrando que os esforços dos juízes para obtenção da confissão dos imputados, a severidade dos interrogatórios e a tortura faziam parte do espírito da lei penal.[16]

O movimento pendular da história fadava, contudo, a mudanças. A transformação d'olhos de pecado e crime, de pena e castigo, bem como a própria melhoria das condições de vida da população, viriam, cada vez mais, humanizar a mente das pessoas.

Toda esta gama de pensamento estava, pois, a fermentar o nascimento de uma nova fase, que gera pensamentos válidos e defendidos ainda nos dias de hoje. A Era das Luzes se avizinhava. Como decorrência obrigatória, questões várias, tidas e havidas como corretas, passaram a ser questionadas.

3. Os ideais iluministas

Opondo-se a tal estado de coisas, surge forte reação, não homogênea, não concatenada de maneira una, ou em forma de Escola. Seria o Iluminismo. Como diz Binetti, trata-se, acima de tudo, de uma mentalidade, de uma atitude cultural e espiritual.[17] Atuando em diversas áreas, também na seara jurídica sentiu-se sua mar-

Ordenações)". *Ordenações Filipinas – Livros IV e V*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 1.147, nota 1.

(13) Eduardo Correia, op. cit., p. 82 *et seq.*

(14) Cf. Hans-Heinrich Jescheck, op. cit., p. 85.

(15) Giovanni Fiandaca; Enzo Musco. *Diritto penale – Parte generale*. Bologna : Zanichelli, 1995. p. XVI; Carlo Fiore. *Diritto penale – Parte generale*. Torino : Utet, 1996. v. primo, p. 25.

(16) Faustin Hélie. *Introduction au traité des delits et des peines*, apud, Pietro Nuvolone. "Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria". *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Padova : Cedam, 1969, p. 430.

(17) Saffo Testoni Binetti. "Iluminismo". *Dicionário de política*. Trad. de Carmem C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. Brasília : Universidade de Brasília, 1986. p. 605.

ca. Fundamentais são as considerações segundo as quais fornece ela lastros a uma teoria contratualística e a uma propriamente jusnaturalista. Fundado num empirismo individualista, o contratualismo vai exercer peso em diversos pensamentos. De igual forma, o jusnaturalismo, procurando um direito ideal, com características racionais e divinas. Estas características, juntamente com o utilitarismo e o racionalismo abstrato sempre presentes, são a pedra de toque de todo o movimento, repleto de inovações.

Num primeiro momento, mudanças, como se viu, já haviam se dado com o Humanismo, presente desde a Renascença, em finais do séc. XV e começo do XVI. As teses de Maquiavel, Erasmo de Rotterdam, Thomas More, Lutero, Calvino, Johannes Althuius, Hugo Grotius, Pascal, Milton, Hobbes, Locke entre outros, principiaram a necessidade da colocação da liberdade do homem, o que torna um ser capaz de criar seu próprio projeto de vida.

De certa forma, o Iluminismo repromove a relação entre cultura e política que o Humanismo tinha tentado instaurar durante os finais do séc. XV e início do séc. XVI, sem sucesso, já que, não obstante o esplendor da vida cultural e científica, não houve correspondência humanística da realidade política e da relação de poder. O Humanismo, com Erasmo de Rotterdam e Thomas More, havia insistido na responsabilidade humana e social do Poder; contudo, não bem desenvolveu tais pensamentos. O cisma religioso, a formação do Estado nacional, o desmembramento da *Respublica christina*, não substituída por uma República Humanística, conduziram o relativo insucesso da Renascença no campo da Política.[18] O Iluminismo supera o Humanismo, entretanto, em várias áreas. Retoma alguns dos seus pontos. Noutros, como no Direito, em tudo inova.

Montesquieu, com seu *L´esprit du Lois*, de 1748; Rousseau, com *Contrat Social*, de 1762; Voltaire, com *Prix de la Justice et de L´Humanité*, de 1777; Benthan, com *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, de 1780, são apenas alguns nomes de uma grande constelação que conspirou para o verdadeiro repensar do Direito, e, em particular, o Direito Penal. Pode-se dizer que formam eles a cunha que veio a propiciar a mudança de norte na aplicação do Direito.

Charles Lois de Secondat, Barão de Montesquieu, por todos enaltecido, além de pregar a justa divisão de funções entre os poderes que compõem o Estado, empreendendo um estudo das leis positivas de todos os países e de todos os tempos, inovou, de igual, procurando demonstrar a necessidade de onde as leis positivas derivavam.[19] Percebia também que a necessária proporcionalidade entre crime e pena se constitui como ponto nevrálgico de um "Direito Penal humano".[20]

(18) Antonio Zanfarino. *Il pensiero politico dall'Humanesimo all'Illuminismo.* Padova : Cedan, p. 318.

(19) Cf. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Princípios políticos do direito penal.* São Paulo : RT, 1999. p. 44.

(20) Jorge de Figueredo Dias. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo : RT, 1999. p. 116; Juan Ramírez Bustos. *Introducción al derecho penal.* Bogotá : Temis, 1994. p. 96; José A. Sáinz Cantero. *La ciencia del derecho penal y su evolución.* Barcelona : Bosch, 1970. p. 49.

Segundo ele, a lei deveria ser sempre clara, não cabendo dúvidas, aos juízes, quanto à sua interpretação. No seu discorrer, fala da importância das leis da natureza, das leis positivas, das relações do Estado e Direito Penal, do poder e da importância das penas. É ele, sem dúvida, um dos grandes organizadores estruturais do moderno Direito Penal. Destaca, além de tudo, o excesso inútil das penas e o absurdo da tortura.[21]

Jean-Jacques Rousseau, contratualista, tinha para si o "estado de natureza", a condição de que teriam os homens saído, ao associarem-se, mediante pacto, a outros homens. Este, seria o de felicidade. Legitimando, paralelamente, o "estado de sociedade", vê-se a necessidade de um contrato, já que o poder não reside em um consenso. Através deste poderia a sociedade progredir.[22] Assim, segundo ele, criminoso seria aquele que colocasse em risco esse contrato social, sendo, pois, um traidor vez que rompe o compromisso de organização da sociedade.[23] Como a sociedade tem o direito de confrontar-se com seus inimigos, justificado está o ataque aos delinqüentes, eliminando-os. Justifica ele, assim, a aplicação da pena capital.

Ainda que François-Marie Arout, sob o pseudônimo literário de Voltaire, segundo alguns, tenha um papel de importância duvidosa no campo penal,[24] havendo mesmo aqueles que pretendam diminuir sua importância, é de se lembrar sua luta, desde o ano de 1752, contra o sistema penal então vigente. Atacando o arbítrio judicial, o poder discricionário dos juízes, afirmando deverem eles se colocar como escravos da lei, e nunca seus árbitros, inicia o que depois iria ser também defendido por Beccaria.[25] Ele, antes mesmo de Benthan, coloca o princípio da utilidade geral como fundamento da lei, especialmente das leis penais. Entretanto, põe-se radicalmente contrário à pena de morte, preferindo e justificando sua substituição pelos trabalhos forçados.[26]

Jeremias Benthan, por sua vez, também profundamente marcou seu tempo. Com profunda marcação utilitarista, expôs, singularmente, argumentos para o

(21) Cf. J. Graven, "Les conceptions pénales et l'actualidad de Montesquieu". *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, nov. 1949, p. 161 *et seq.*

(22) Nicola Matteucci. "Contratualismo". *Dicionário de política cit.*, p. 272 *et seq.*

(23) Cf. Juan Ramírez Bustos, op. cit., p. 96.

(24) José A Sáinz Cantero, op. cit., p. 47, nota 3.

(25) Idem, p. 47 *et seq.*

(26) Manuel Fernández Casás. *Voltaire criminalista – Precursor del Humanimo en la legislación penal.* Madrid : Reus, 1931. p. 113. Segundo este autor, Voltaire pode mesmo ser tido como ponto inicial, mesmo de Beccaria. "Antes que aparecesse o livro imortal de Beccaria, havia ressoado nos corações a voz com que Voltaire fulminava terrivelmente a barbárie das penas, a irregularidade do julgamento de delitos, os erros acumulados durante muitos séculos, a arbitrariedade do poder que comete a mais indiferente crueldade, os brutais tormentos dados severamente a delitos quiméricos sem prova, os horrores de uma prisão aumentados pela incerteza, que é o mais cruel verdugo dos desgraçados; tudo isso que, segundo Beccaria, não havia preocupado anteriormente os homens, constituiu sem embargo, o programa de Voltaire em sua luta contra o sistema judicial em seu tempo" (Manuel Fernández Casás, op. cit., p. 94 *et seq.*).

controle social institucionalizado das massas miseráveis. Para ele, o critério de utilidade é o grau de felicidade. A lei e a moral tendem a produzir a maior quantidade possível de felicidade. Assim, a pena se traduz como um mal, pois não produz esta felicidade. Entretanto, sob o ponto de vista da utilidade pública, é ela um bem, já que poupa a dor mediante uma prevenção particular e geral.[27] O fundamental para o legislador, enfim, é aquilo que se mostra útil.[28] Dessa forma, idealizando um esboço de prevenção geral, recomenda a pena de prisão, por ser esta temível aos delinqüentes, como mal duradouro que é.[29] Neste aspecto, marcou Benthan lugar como precursor da fase penitenciarista do Direito Penal. Não sem razão, assumiu ele relevantíssimo papel na Europa, na América e mesmo na Índia.[30]

O mais significativo arauto da influência iluminista no Direito criminal, contudo, foi Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Tão forte foi o impacto de seu "pequeno grande livro", *Dei delitti e delle penne*, de 1764, que, nos dias que correm, no mais das vezes, somente seu nome é o lembrado como elemento de reforma ideológica do Direito. Esquecem-se os demais, menosprezando sua importância.

Milanez, amigo e companheiro de Pietro e Alessandro Verri, com eles compunha a *Accademia dei Pugni*. De lógica aguçada desde os primeiros anos de estudo, *Il Newtoncino*, como era conhecido, apaixonou-se pelos debates levados a cabo por seus companheiros. Incentivado por Pietro Verri, anima-se a escrever aquela que seria a obra revolucionária do Direito Penal. Entretanto, este não bem aceitou o que chamou de ingratidão de Beccaria, recebendo ele todas as glórias por idéias que não eram unicamente suas.[31] Romperam sua amizade, tornando-se verdadeiros inimigos. Isso, aliado ao fato de ter sido, a primeira edição de *Dei delitti e delle penne*, apócrifa, muito contribuiu para o suscitar de dúvidas quanto à sua autoria.[32] Vozes levantaram-se em defesa do jovem Marquês, sendo inegável, hoje, sua contribuição para o desenvolvimento do Direito.

(27) Eugenio Raúl Zaffaroni; José Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral.* São Paulo : RT, 1997. p. 278 *et seq.*

(28) Para mais notas quanto ao jurista inglês, cf. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico.* Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid : Debate, 1993. p. 106 *et seq.*; Juan Ramírez Bustos, op. cit., p. 97 *et seq.*

(29) Basileu Garcia. *Instituições de direito penal.* São Paulo : Max Limonad, s.d., v. 1, p. 71; Miguel Reale Jr., *Teoria do delito.* São Paulo : RT, 1998. p. 248.

(30) Cf. Norberto Bobbio, op.cit., p. 105 *et seq.*

(31) Em cartas a seu irmão e a Paolo Frisi, Verri se queixa quanto a isso, chegando a afirmar que "(...) L'argumento gliel'ho dato io, e la maggior parte del pensieri è il risultato delle conversazioni che giornalmente si tenevano fra Beccaria, Alessandro, Lambertenghi e me(...)". "Lettere", apud, Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano – Da Cesare Beccaria ai giorni nostri.* Torino : Fratelli Bocca, 1932. p. 32, nota 2. Basileu Garcia critica a posição de Spirito, entendendo que ela exagera a influência dos irmãos Verri. No entanto, o embasamento fornecido pelo autor parece inquestionável. (Cf. Basileu Garcia, op. cit., p. 45).

(32) Críticas várias à obra de Beccaria foram feitas. As mais sérias foram as proferidas pelo frade domenicano Ângelo Fachinei, as quais, parece, foram elaboradas pelos

De toda a sorte, é de se ressaltar que sua obra vale muito pelas críticas irrogadas ao sistema repressivo do *Ancién Régime*. Antes de tudo, Beccaria é um contratualista. Embasa seu pensamento no contrato social de Rousseau. Defende a separação dos poderes pregada por Montesquieu. Reflete, de modo global enfim, toda a gama de pensamentos de sua época, aplicando-os à seara penalística.[33]

Como Montesquieu, abomina a interpretação das leis, considerando que isso propicia o elastério exagerado do discricionarismo. Utiliza-se, também, do conceito utilitarista da busca da felicidade para dar base às suas conclusões. Assim, não aceita a pena de morte, lembrando, entre outros fatos, a possibilidade do erro humano. Despreza a tortura e relega a infâmia a casos raros. Interessante é a sua oposição ao indulto, o perdão de crimes pelo poder público. Segundo ele, seria isso verdadeira contradição, pois ao Estado caberia o castigo, sendo absurdo o perdão discricionário do soberano após a condenação.

Expõe a necessidade da proporcionalidade entre penas e delitos. Quanto a estes, os divide entre os que visam a destruição da sociedade ou de seus representantes; os que constituem ofensas à vida, aos bens e à honra dos cidadãos; os estabelecidos pela lei, considerando-se o bem público. Bem coloca ele a necessidade de considerar-se a prevenção, refletida na máxima de que é "melhor prevenir os crimes do que puni-los".[34]

Seu pensamento refletiu-se pelo mundo. Influenciou a sua geração, bem como as vindouras. Entre outros, influenciou diversos monarcas a empenharem-se em reformas das leis penais. Em 1767, Catarina II da Rússia ordena a elaboração de um novo Código. O mesmo se dá com Pietro Leopoldo, da Toscana, e com José II, da Áustria. Foi sob o reinado deste, diga-se, que veio a lume a primeira codificação criminal iluminista.[35]

Em Portugal também faziam-se sentir semelhantes tendências iluministas. *Prima principia*, já a Lei de 18.08.1769, a chamada Lei da Boa Razão, retomava o caminho iniciado pelo Humanismo. Tinha ela por fontes do Direito português o estilo da Corte e o costume.[36] Passava, então, o Direito Romano somente a ser

irmãos Verri. Cf. Basileu Garcia, op. cit., p. 45, nota 37. Quanto à resposta de Beccaria, cf. Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*. Trad. de Paulo M. Oliveira. São Paulo : Atena, s.d. p. 207 *et seq.*

(33) Chegou-se mesmo a dizer que sua obra fora fruto da mentalidade dominante, podendo ter sido criada por qualquer outro pensador iluminista de sua época. (Cf. Ugo Spirito, op. cit., p. 61).

(34) Cf. Pietro Nuvolone, op. cit., p. 437 *et seq.*

(35) Cf. Luis Jiménez de Asúa, op. cit., p. 220; Miguel Reale Jr. *Teoria do delito*. São Paulo : RT, 1998. p. 161.

(36) Lei de 18.08.1769, § 14: "(...) declaro que os Estilos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos da Casa de Suplicação: e que o costume deve ser somente o que a Lei qualifica nas palavras longamente usado, e tal, por direito se deva guardar: cujas palavras Mando que sejão sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratara, os tres essenciaes requisitos: de ser conforme às boas razões que deixo determinado que constituão o espirito de Minhas Leis: de não ser

utilizado quando em conformidade com tal "boa razão". As *communis opinio doctorum* perdem parte de seu poder. Ainda era época de mando do Marquês de Pombal,[37] ícone do despotismo esclarecido. Sob seus auspícios muitas reformas deram-se também na interpretação das leis. Mantida é a vontade do monarca, mas a esta une-se a razão. Odiado por muitos, tem larga ascensão no poder até o coroamento de D. Maria I. Em 1778, determina a rainha a criação de uma junta para o exame e correção da legislação, nomeando diversos Ministros para trabalharem nos cinco Livros. Em 1783, é chamado o Professor de Coimbra, Paschoal José de Mello Freire dos Reis, a quem coube a confecção do Código de Direito Público e a do Criminal.

Após cinco anos de trabalhos, foi o segundo apresentado, sendo submetido a uma comissão de censura, criada no mesmo ano de 1789. Tamanhas foram as críticas, que não chegou o Código a ganhar vida. Seu principal oponente foi Ribeiro dos Santos, também Professor conimbricence, o qual se inclinava, ainda mais, às luzes. Entendia ele estar Mello Freire revestido profundamente com feições pombalinas. Verdadeiro enciclopedista,[38] defendia posições monarquistas, pondo-se em equilíbrio dúbio quanto aos avanços pretendidos pelo Iluminismo.[39] Entrementes, os efeitos da Revolução Francesa aquietou a ânsia por reformas das Cortes esclarecidas, o que explica nem mesmo esta codificação ter sido aceita. Que se diga, no entanto, da sua importância para a história, como o elaborador de uma das primeiras sistematizações modernas da legislação penal.[40]

De suma importância, entretanto e indubitavelmente, foi Mello Freire. Lastreando-se no contrato social de Rousseau, não ouvida, senão enaltece, as teses de Grocio, Pufendorf, Montesquieu, Tomásio, Bohemero, Paolo Frisi, Felipe Maria Renazzi, Püttman e Filangieri.[41] Elogio maior, guarda a Beccaria, expressando-o, como se vê no intróito de seu Código.[42]

a ellas contrario em cousa alguma: e de ser tão antigo que exceda o tempo de cem annos".

(37) Quanto à Lei da Boa Razão, cf. René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo : Martins Fontes, s.d. p. 48.

(38) Também são obras de Pascoal José de Mello Freire, a *Historia juris civilis lusitani,* em 1778; as *Instituiciones juris civilis lusitani*, entre 1780 e 1793, em quatro volumes, tratando do Direito Público, do Direito das Pessoas, do Direito das Coisas e sobre as Obrigações e Ações.

(39) Chegou Mello Freire a questionar o "pacto social". Em resposta às críticas de seu Código, afirma: "a história nos ensina, e agora o experimentou a França, quão funestíssima foi em todos os tempos a liberdade de pensar e de escrever, assim a respeito das matérias de religião, como Estado(...) convem politicamente a ignorância até certo ponto: nem o Estado se pode bem regular sem que nelle reinem certos principios de honra e pundonor, e certo modo de pensar em geral, de que os filosofos se riem" (Cf. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português.* Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 372 *et seq.*).

(40) Miguel Reale Jr. Op. cit., p. 163.

(41) Cf. Augusto Thompson, *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro.* São Paulo : RT, 1976. p. 106.

(42) Cf. Eduardo Correia, *Direito criminal.* Coimbra : Almedina, 1968. v. I, p. 105.

Tentando traçar suas regras fundamentais quanto ao problema penal, formulou seus axiomas criminais,[43] fruto base, segundo ele, de todo Direito Criminal. Mostram-se eles, ainda hoje, como modernos:

1 – é melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que a absolvição dum culpado;

2 – antes da sentença condenatória o réu deve ser tido como inocente;

3 – no foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita;

4 – quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova;

5 – a pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinqüente;

6 – não há delito nenhum sem vontade certa de delinqüir;

7 – a sua medida é o mal causado à humanidade;

8 – na imposição das penas somente se deve olhar a utilidade pública;

9 – as penas foram estabelecidas não tanto para punir, como para prevenir os crimes;

10 – somente se devem castigar os verdadeiros delinqüentes ou os quase delinqüentes;

11 – é justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal;

12 – é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel;

13 – a atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública.

Cuida ele, também, dos meios para prevenir os delitos, considerando-os uma das mais importantes matérias do Direito Criminal. Podem ser utilizados dois modos: pelas penas ou por meio de leis econômicas e políticas. Utilizando-se dos ensinamentos de Benthan, justifica a preferência pelo uso das segundas.[44] Vários são, conforme as palavras de Mello Freire, os meios para a prevenção: reforma de governo; educação; instrução; extirpação da mendicidade; a presença da polícia; estabelecimentos de beneficência; bancos ou caixas econômicas (onde se venha a guardar os dinheiros e as economias da população); civilização (complemento dos demais).[45] Traça sua obra, ainda, análise quanto à divisão dos delitos em verdadeiros ou não, em públicos e particulares, em capitais ou não; quanto à distinção entre os delinqüentes; quanto a quem são os cúmplices; quanto à obrigação criminal e o direito de punir; considerações sobre a pena, seus fins, suas divisões, considerações sobre as penas de morte e de mutilação, de morte civil, pecuniárias, infamantes, de prisão.[46]

(43) Cf. Bazílio Alberto de Sousa Pinto, *Lições de direito criminal adaptadas às instituições de direito criminal portuguez do Senhor Paschoal José de Mello Freire*. Coimbra : União, 1847. p. 87 *et seq.*; Augusto Thompson. Op. cit., p. 108.

(44) Bazílio Alberto de Sousa Pinto. Op. cit., p. 83 *et seq.*

(45) Idem, ibidem.

(46) Idem, p. 8 *et seq.*

Cedeu, entretanto, quanto a certas posições, posteriormente tão bem colocadas em suas *Instituicionis juris criminalis lusitani*, publicadas em 1794. As penas de infâmia, adverte, somente se justificam em casos apoiados pela opinião pública. Não aceita, contudo, a transmissão desta aos parentes do réu.[47] As de morte e de mutilação têm suas justificativas, mas, em tempos em que a sociedade passava a civilizar-se, não mais deveriam ser aceitas. São as palavras de Bazílio Alberto de Sousa Pinto, comentando Mello Freire: "merecem por isso alguma desculpa muitas das penas crueis impostas pelos antigos codigos, attendendo á barbarie dos povos, para quem erão feitas. Pelo contrario á proporção que a civilisação vai progredindo, e os costumes amaciando, os homens se tornão mais sensiveis, e por isso tambem as penas devem adoçar-se".[48] Ainda que com tais posicionamentos, nem todos foram inseridos no Projeto. Ele mesmo diz, quanto às condenações capitais: "em Portugal não pode, por ora, haver segurança pública sem elas".[49]

Não negava Mello Freire que o direito de punir deriva do pacto social, através do qual os cidadãos renunciavam parte de seus direitos em favor do Estado. Contratualismo, individualismo e racionalismo, enfim, além da presença utilitária, marcam o pensamento do conimbricence.[50] Mais do que mero reprodutor de idéias importadas, foi ele precursor e o maior defensor do Iluminismo em terras lusitanas.

Teve ele, pois, inconteste influência nas reformas que se avizinhavam no Brasil. Professorando suas idéias em Coimbra, local, no mais das vezes, de formação dos bacharéis brasileiros, rápido e incisivo foi o influxo nos textos legais que viriam a surgir no futuro Império do Brasil.[51] Beccaria, Benthan, Rousseau e outros, muito viriam a influenciar o pensamento jurídico nacional. Entretanto, em grande parte, diga-se, foi pelas aulas e ensinamentos de Mello Freire, os quais permearam os anos e as fronteiras de Coimbra, que este conhecimento mais influentemente aqui chegaria.

(47) Idem, p. 57. Também era essa a posição, aliás, de Beccaria.

(48) Idem, p. 49.

(49) Cf. Augusto Thompson, op. cit., p. 107.

(50) Cf. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto : Universidade Católica, 1995. p. 31 *et seq.*

(51) Tão importante foi a influência de Mello Freire em terras nacionais, que, quando do Projeto de Regulamento ou de Estatutos aos cursos jurídicos a serem implantados no Brasil, seu autor, Luís José de Carvalho e Melo, Visconde da Cachoeira, entendia que "os estudantes que pretendessem matricular-se no curso jurídico deveriam ser aprovados em exames preparatórios, em que uma das disciplinas era a língua latina, cujo conhecimento era indispensável, não só por estarem escritos nela o Digesto, o Código, as Novelas, as *Institutas* e os bons livros de Direito Romano, mas também as *Instituições* de Mello Freire(...)" (José Carlos Moreira Alves. "Aspectos do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 86, 1991, p. 11.

4. Reflexos iluministas na Constituição de 1824

O fervilhar ideológico presente nos dias da proclamação de independência fatalmente iria se refletir nas novas leis do Império. Passada já fora a fase de um despotismo total: entretanto, vivia o mundo profundas mudanças. As Revoluções Americana e Francesa haviam abalado as estruturas de poder. Um país recém-nascido com certeza iria, de uma forma ou de outra, sofrer os choques de tais mudanças.

Em verdade, a idéia liberal iniciada com as guerras religiosas européias do séc. XVII é, gradativamente, mais e mais bem recebida. Portugal sentira isso no séc. XVIII, quando o absolutismo monárquico entrou em choque com as idéias iluministas. O humanismo, nascido juntamente com a época dos descobrimentos, começava a modificar a visão do mundo de então. Isso teria também efeitos no Brasil, onde sentem-se, neste mesmo período, a Inconfidência, em Minas Gerais, e a Guerra dos Mascates, em Pernambuco, além da Conjuração Baiana, dos finais do séc. XVIII.[52] Dessa forma, é de se ver, chega o Brasil no séc. XIX recheado de noções iluministas, muito também divulgadas pelos bacharéis brasileiros formados em Coimbra.

Recorde-se que, em 1820, irrompe a Revolução do Porto, a qual obrigou D. João VI a retornar a Portugal. O sucesso dos liberais lusos muito animou seus pares nacionais, fomentando aqui a imperiosa necessidade de independência. As tentativas de redução da condição do Brasil novamente a colônia, bem como os ímpetos de D. Pedro, não tardaram à separação de Portugal. Esta veio, e foi José Bonifácio seu patrono.[53]

Tinha para si, José Bonifácio de Andrada e Silva, que as idéias iluministas estavam ligadas a uma nova concepção de sociedade política e da sociedade civil.[54] Após a independência, D. Pedro, elevado à condição de Pedro I do Brasil, convoca, em 1823, uma Assembléia Constituinte propriamente dita. Passando ela, de início, a discutir e promulgar leis de caráter urgente para o novo Império, logo começa a apreciar projeto de Constituição formulado por uma comissão,[55] especialmente nomeada para tanto. Tinha ela, como bases fundamentais: liberdade e garantias fundamentais (liberdade de pensamento, de locomoção, individual e religiosa, de imprensa, de indústria); inviolabilidade de propriedade; monarquia constitucional e representativa; divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Era dado ao Imperador, pelo projeto, papel participativo nas funções legislativas e executivas.

(52) Cf. Vicente Barreto. *A ideologia liberal no processo da Independência do Brasil (1789-1824)*. Brasília : Câmara dos Deputados, 1973. p. 45 *et seq.*

(53) Na posição de Ministro, José Bonifácio foi inspirador do documento pedindo a convocação de uma "Junta de Procuradores Gerais ou Representantes das Provincias", embrião primeiro da constitucionalização do Império. (Cf. Paulo Bonavides Paes Andrada, *História constitucional do Brasil*. Brasília : Paz e Terra, 1988. p. 31 *et seq.*).

(54) Vicente Barreto. Op. cit., p. 123.

(55) Trata-se da chamada "Comissão dos Sete", da qual faziam parte: Antônio Carlos Ribeiro de Andrada (relator e autor do projeto); José Bonifácio de Andrada e Silva; Antônio Luís Pereira da Cunha, Marquês de Maricá; José Ricardo; Padre Francisco Muniz Tavares.

D. Pedro, entretanto, não entendia ter a Assembléia semelhante liberdade legislativa. Desde sua fala inaugural, impôs o imperador limites à sua atuação. Não aceitando tais colocações, diversas foram as manifestações dos constituintes, e, após outros embates, esta terminou por dissolvida, em 12 de novembro.[56]

Nomeando de pronto a chamada "Comissão dos Dez",[57] o imperador promulgou, em 25 de março de 1824, a Constituição Política, com o projeto por ela apresentado. Acrescendo diversos outros pontos, inovou a nova Carta, ao prever o Poder Moderador, a chave de toda a organização política, delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98). Teria ele, também, poderes para a dissolução da Câmara, coisa não prevista no projeto originário.

O Poder judicial era independente e compunha-se de juízes e jurados, no cível e no criminal, agindo de acordo com que determinassem os códigos (art. 151). Aos jurados cabia a apreciação dos fatos, cabendo aos juízes as considerações quanto à lei (art. 152).[58] Eram eles vitalícios, entretanto poderiam ser até suspensos pelo Imperador, em caso de queixas contra eles feitas (art. 154). Tinha-se também a possibilidade de propositura de ação popular contra suborno, peita, peculato e concussão por parte de juízes (art. 157). Havia, ainda, a presença inovadora da arbitragem, desde que convencionada pelas partes (art. 160).

Em diversas passagens podem ser sentidos os ideais iluministas. As influências dos filósofos europeus, marcadamente estão presentes no texto constitucional de 1824. Em seu art. 179, 2.°, por exemplo, tem-se que "nenhuma lei será

(56) Cf. Vicente Barreto, op. cit., p. 50 *et seq.*; Waldemar Martins Ferreira. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Max Limmonad, 1954. p. 47 *et seq.*; José Honório Rodrigues. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Petrópolis : Vozes, 1974. p. 198 *et seq.*

(57) Eram seus membros: João Severiano Maciel da Costa, Marquês de Queluz; Luís José de Carvalho e Melo, Visconde de Cachoeira; Clemente Ferreira França, Marquês de Nazaré; Mariano José Pereira da Fonseca, Marquês de Maricá; João Gomes da Silveira Mendonça, Marquês de Sabará; Francisco Vilela Barbosa, Marquês de Paranaguá; Álvares de Almeida, Marquês de Santo Amaro; Antônio Luís Pereira da Cunha, Marquês de Inhambupe; Manual Jacinto Nogueira da Gama, Marquês de Baependí; José Joaquim Carneiro de Campos, Marquês de Caravelas – relator.

(58) Conforme previsão inicial do art. 13 do Projeto da Constituinte de 1823, só haveria jurados em matérias de crimes, devendo as cíveis ser decididas por juízes e tribunais. Deram-se diversos debates na Assembléia, sendo de se destacar os debates travados entre Silva Lisboa, Manuel Antônio Galvão e Carvalho e Melo. Entre afirmações de que os jurados não eram menos necessários nas causas cíveis que nas criminais; que não se podia prescindir deles em favor do arbítrio judicial; que nem todas as cidades e vilas estavam preparadas para abrigarem Júris; aprovou-se por 70 votos contra um o estabelecimento dos jurados nas causas criminais; e por 55 votos contra 16, acatou-se o estabelecimentos de jurados nas causas cíveis. "Annaes do Parlamento Brazileiro. Assemblea Constituinte. 1823. Rio de Janeiro: 1876-1884", apud, José Honório Rodrigues, op. cit., p. 145 *et seq.*

estabelecida sem utilidade pública", sendo claro aqui o utilitarismo de Benthan. Mas não só. Noutras passagens, o espírito liberal se mostra de melhor forma, como nos arts.179, 3.º ("a sua disposição não terá efeito retroativo") e 179, 5.º ("ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública").

Configurando-se em verdadeira declaração de direitos e garantias individuais, o art. 179 da Constituição do Império faria mais. Traria todo um cipoal de previsões penais, externando toda uma herança iluminista que aqui, em boa hora, chegava. Tem-se, assim, os art. 179, 8.º: "ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as"; art. 179, 9.º: "ainda que com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto"; art. 179, 11: "ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita".

Montesquieu, Voltaire, Beccaria e Mello Freire podem ainda ser tidos como influentes, *v.g.*, no art. 179, 13 ("a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um").

Preocupando-se com a necessidade de um Direito positivo, e com o objetivo de superar os absurdos previstos nas Ordenações do reino, ainda vigentes no Brasil,[59] previu o art. 179, 18: "organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade".

Ainda neste aspecto, estipularam-se disposições marcadamente de cunho criminal, limitando o poder do Estado, e, de certo modo, humano quanto às penas. Assim, tem-se que, conforme o art. 179, 19: "desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis", e que, segundo o art. 179, 20: "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja". Ainda, no art.179, 21: "as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza de seus crimes". Infelizmente, deu a Constituição passo maior que a realidade. Mesmo que contivesse tais dispositivos, muitos deles não foram seguidos, senão desprezados por leis infraconstitucionais, como se verá a seguir.

O Brasil oitocentista, por assim dizer, pendia entre um liberalismo pregado por Rousseau e Montesquieu e um novo absolutismo, vislumbrado no exercício

(59) Decidiu a Assembléia Constituinte, pela Lei de 20.09.1823, que continuariam a vigorar no Brasil os atos e as leis portuguesas, até a criação de uma legislação eminentemente nacional.

do Poder Moderador. Ainda que este tenha perdurado por todo o Império, causou, sem dúvida, abalos no frágil sistema estabelecido. D. Pedro, neto de 29 déspotas, teve dificuldades em aceitar sua natural perda de poder.[60] Reformas houve, mas não antes da própria abdicação imperial, indo este à busca da conquista da coroa lusitana.

5. A modernidade do Código Criminal do Império em seu tempo

Fruto, como se viu, de ditame constitucional, o Código Criminal começou a ganhar vida pelos Projetos apresentados ao Parlamento por dois de seus membros: José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos.[61] Lastreando-se nos ideais iluministas e liberais que povoavam a época, bem como nos Códigos de França, de 1810; da Baviera, de 1813; bem como no da Lousiania, cada qual desempenhou suas idéias em obras próprias.[62]

Apresentado ao Legislativo em 3 de junho de 1826, o Projeto de Clemente Pereira propunha uma codificação em duas partes, cabendo a primeira sobre os crimes e as penas; e a segunda, quanto à ordem do processo criminal. Já o de Bernardo de Vasconcelos, datado de 4 de maio de 1827, continha 334 artigos, enumerando série de penas, das de morte à vigilância, sendo esta assemelhada ao moderno *sursis*. De pronto foram ambos submetidos à uma Comissão Especial da Câmara, composta por Antonio Pinto Chichorro da Gama, H. H. Carneiro Leão e J. F. A. B. Muniz Barreto. Outras Comissões se seguiram, mas foi esta que mais contribuiu para o resultado final.

A princípio, em 5 de maio de 1827, por determinação de uma das Comissões, foi recomendada, mas não aceita, preferência ao Projeto de Bernardo de Vasconcelos. Bacharel em Coimbra em 1818, muito próximo contato tivera com o pensamento de Mello Freire, o que, em muito, motivou seu Projeto, sua maior obra. Em verdade, foram os três corpos, o de Clemente Pereira, o de Bernardo de Vasconcelos e o trabalho das Comissões que germinaram o Código Criminal do Império.[63]

(60) Cf. Paulo Bonavides Paes de Andrade, op. cit., p. 96 *et seq.*

(61) Interessante é a observância da composição da Câmara dos Deputados durante as duas legislaturas que trataram da elaboração do Código. Na primeira, de 1826, encontravam-se 11 portadores de títulos militares ou equivalentes; 10 bacharéis; 25 sacerdotes; 16 magistrados; 2 médicos; 2 doutores sem maiores especificações; além de 27 membros sem indicação de profissão definida. Já em 1830, tinha-se 11 portadores de títulos militares ou equivalentes; 6 bacharéis; 1 advogado; 15 sacerdotes; 20 magistrados; 2 médicos; 3 doutores sem maiores especificações; além de 42 membros sem indicação de profissão definida. A análise destes dados ajuda o entendimento de diversas posições tomadas pela Lei, as quais pregam por uma defesa da estrutura socioeconômica escravocrata de então (Cf. Zahide Machado Neto. *Direito penal e estrutura social.* São Paulo : Saraiva, 1977).

(62) Cf. Basileu Garcia, op. cit., p. 122 *et seq.*; Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. "O Centenário do Código Criminal". *RT*, n. 77, p. 445 *et seq.*, 1931.

(63) Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, op. cit., p. 452 *et seq.*

Qual ocorrera em Portugal, aqui também deram-se debates quanto à pena de morte. Previam-na os Projetos. Literalmente, entendiam-na necessária as Comissões: "a Comissão desejou supprimir a pena de morte, cuja utilidade raríssimas vezes compensa o horror causado na sua applicação, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro; porém o estado actual da nossa população, em que a educação primária não póde ser geral, deixa vêr hypotheses em que seria indispensavel: tendo a consolar-se desta triste necessidade com a providencia da lei, que prohibe a execução de tal pena, sem o consentimento do Poder Moderador, que seguramente o recusará quando conviér a substituição".[64] No Parlamento correntes liberais e conservadoras travam seu pugilato. Por pequena maioria, e em parte, vencem os conservadores. Ela não é aceita aos crimes políticos e de rebelião, cabendo, sempre, recurso obrigatório à Coroa. A outros casos pontuais, contudo, principalmente para a manutenção da ordem por entre os escravos, cuidando da criminalidade servil, entendeu-se ela fundamental.

O produto final foi promulgado a 16.12.1830. Em sua primeira parte trata dos crimes e das penas. Cuida dos crimes e dos criminosos; dos crimes justificáveis; das circunstâncias agravantes e atenuantes dos crimes; da satisfação (do dano); da qualidade das penas. Já a Parte II engloba os crimes públicos, aqueles contra a existência política do Império; contra a independência, integridade e dignidade da nação; contra a constituição e a forma de governo; contra o chefe do governo; contra o livre exercício dos poderes políticos; contra a segurança interna do Império e pública tranqüilidade; da insurreição; da resistência; da tirada de presos da Justiça e arrombamento de cadeias; da desobediência; das prevaricações, abusos e omissões dos funcionários públicos; da falsidade; do perjúrio; dos crimes contra o tesouro público; contra a segurança individual; conta a segurança da honra; contra a segurança do estado civil e doméstico; contra a propriedade; além dos crimes policiais. Melhorando em muito a forma das previsões penais, guardava, ainda, semelhanças com o modelo do *tatbestant*, compreendendo o delito na sua integridade, com todos os seus elementos.[65]

Em seu art. 1.º estabelece-se o princípio da legalidade, prevendo que "não haverá crime ou delicto (palavras siynonimas neste Codigo) sem uma lei anterior que o qualifique". O art. 2.º dispõe sobre o que vem a ser crime ou delito, cuidando da ação, omissão, tentativa, abuso de poder e ameaça. Já o art. 3.º entende por firmar a noção da necessidade do dolo para a prática criminosa: "não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o provocar".[66]

(64) "Annaes", apud Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, op. cit., p. 455.

(65) Somente em 1906 é que Beling estabelece a noção de "tipo". Cf. Juarez Tavares, *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980. p. 21; Alberto Gargani, *Dal corpus delicti al tatbestant – Le origini della tipicità penale*. Milano : Giuffrè, 1997. p. 299 *et seq.*

(66) Esta questão, contudo, como ressalta Filgueiras Jr., não cabe na fase da formação da culpa, pois, nesse momento, limita-se o Juiz a conhecer da existência do fato e de quem seja o delinqüente (Cf. Araujo Filgueiras Jr. *Código Criminal do Império do Brazil – Annotado com os atos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciario*. Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert, 1876. p. 6, nota 5).

Tratou com cuidado das circunstâncias agravantes e atenuantes, elementos de gradação da pena (arts.18, 19 e 20), dando ao juiz o condão de melhor dosá-la. Dividindo os seus graus em máximo, médio e mínimo, influenciavam estas circunstâncias na sua dosimetria. Dispunha também da satisfação *ex delicto* (arts. 21 a 32), mandando que se desse esta dentro da própria ação penal.

Não obstante o valor científico da nova codificação, existiram seus detratores. Entre eles, relevo toma Tobias Barreto. Critica ele, desde a não aceitação da divisão tricotômica do sistema penal entre crimes, delitos e contravenções, presentes no Código francês, até a sua forma concisa.[67] Não retira isso, contudo, os valores da legislação. Tais críticas foram sentidas nos anos oitenta do século XIX. Já eram passados cinqüenta anos da sua entrada em vigor. Os méritos próprios do primeiro estatuto penal brasileiro são inquestionáveis. Fez-se aqui presente a modernidade do espírito das Luzes, num momento em que ainda se ressentia a humanidade dos pesados critérios que regeram por tanto tempo os homens.

Entretanto, que se diga, muito avançou o Código Criminal do Império, chegando mesmo a se tornar emblemático em seu tempo. Foi ele inspirador dos códigos espanhóis de 1848 e, ao depois, do de 1870.[68] Na realidade, mostrou-se este estatuto tão avançado que menciona-se o fato de que autores como Mittermayer e Haus teriam estudado o português para melhor compreender-lhe o estilo.[69] É certo que foi ele vertido para o francês pelo advogado-geral do Rei, Victor Foucher, sendo publicado em Paris em 1834, entretanto, a busca pela perfeição do texto teria feito com que o alemão e o belga estudassem o português através do latim.[70]

Quanto às penas, enumeravam-se várias classes distintas: de morte (arts. 38 a 43); de galés (arts. 44 e 45); de prisão com trabalho (art. 46); de prisão simples (art. 45); de banimento (art. 50); de desterro (art. 52); de multa (art. 55); de suspensão do emprego (art. 58); de perda do emprego (art. 59); de açoites (art. 60). Ganhou a noção de punição, assim, novos espectros. Deixou ela de ser unicamente corporal para ter, na prisão, seu foco principal.[71] A esta previam-se mesmo alternativas de multa, suspensão ou perda do emprego, o que vale elogios de contemporâneos como Dotti e Zaffaroni.[72]

De toda a sorte, constata-se que são elas ainda severas, variando até a morte, em seu grau máximo, a ser dada pela forca (art.38). Sendo ela aplicada aos crimes de insurreição de escravos (art. 113); homicídio (art. 192); latrocínio (art. 271), somente não era passível de execução a mulher grávida, a qual só poderia ser julgada 40 dias após o parto (art. 43).

(67) Cf. Tobias Baretto, "Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal brasileiro". *Obras completas VI – Estudos de direito*. Rio de Janeiro : Empresa Gráfica Editora, 1926. p. 122 *et seq.*

(68) Luis Jiménez de Asúa. Op. cit., p. 575.

(69) Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. Op. cit., p. 447.

(70) Eugenio Raúl Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. Op. cit., p. 219.

(71) Cf. René Ariel Dotti, "Um pouco da história luso-brasileira". *Casos criminais célebres*. São Paulo : RT, 1998. p. 285 *et seq.*

(72) Idem, p. 287.

Presentes também eram as penas de açoite para os escravos (art. 60).[73] Ainda que flagrantemente contrária às disposições constitucionais, a sociedade agrícola de então parecia justificar tal imposição. Eram previstas, por igual, as penas de galés, mas estas não se aplicavam às mulheres, aos menores de vinte e um anos e aos maiores de sessenta (art. 45).

Modificações legislativas pontuais foram sentidas, desvirtuando-se, por vezes, o espírito originário do Código. Em Lei de 10.06.1835 estendeu-se aos ataques de escravos contra seus senhores ou familiares a pena capital.[74] Já pela Lei 2.033, de 20.09.1871, passou-se a punir os crimes de homicídio e lesões culposas.[75]

Ainda que com todas estas, e algumas outras modificações, foi o Código sempre muito severamente criticado. Anos depois, Joaquim Nabuco propôs à Câmara que fosse o Governo autorizado a mandar fazer revisão da codificação criminal. João Vieira de Araújo, Professor da Faculdade de Direito do Recife, apresenta, em 1889, um Projeto nesse sentido. Tendo por relator o Conselheiro Batista Pereira, a Comissão encarregada de analisá-lo foi favorável não a uma consolidação de leis, mas sim a uma reforma completa da legislação. Dizia-se que a moderação das penas era defeito presente no Código, afirmando-se que ele chegou a duplicar os delitos pela moderação das penas. Críticas faziam-se ao pensamento de Benthan.[76] Críticas também se faziam ao que o Iluminismo propiciara. Considerava-se a Lei uma colcha de retalhos. Alguns ainda viam a sistemática imposta à codificação, mas reclamavam por maior severidade. Entretanto, a República veio antes.

Para triste constatação do Direito pátrio, as penas capitais foram amplamente aplicadas, principalmente após a reforma de 1835. Isso se deu até o caso em que foi condenado Manuel da Mota Coqueiro, a chamada "fera de Macaé". Constatado o brutal erro judiciário, passou o Imperador a comutar todas as condenações à morte para penas de galés. A partir de então, mesmo havendo previsão legal, não mais teve clientes o patíbulo. Por fim, o pensamento das luzes acabou por firmar-se, e as penas ganharam cunho outro, que não o capital.

(73) Os açoites estavam presentes na legislação criminal até a Lei de 15.10.1886.

(74) "Art. 1.º Serão punidos com a pena de morte os escravos que matarem, por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem qualquer grave ofensa física a seu senhor, à sua mulher, a descendentes ou ascendentes que em sua companhia morarem, a administrador ou feitor e às suas mulheres que com eles viverem. Se o ferimento ou ofensa física forem leves, a pena será de açoites, à proporção das circunstâncias mais ou menos agravantes".

(75) "Art. 19 Aquele que por imperícia, imprudência ou falta de observância de algum regulamento cometer ou for causa de um homicídio involuntário, será punido com prisão de um mês a dois anos e multa correspondente. Quando do fato resultarem somente ferimentos ou ofensas psíquicas, a pena será de cinco dias a seis meses".

(76) O pensamento de Benthan, por quase todos reconhecido como influente no Código Criminal é, por alguns, entendido como de ascendência duvidosa (Cf. Zahide Machado Neto, op. cit., p. 68).

6. Contribuições filosóficas para as gerações posteriores

Tanto a Constituição quanto a codificação imperial foram frutos e objetos de seu tempo. Em meio às reformas filosóficas de toda a ordem, deu-se, em terras tupiniquins, lance para o futuro. Em momento algum foram os ideais penais daquela época tidos como pacíficos. Desde um primeiro momento empenharam-se, muitos, na sua reforma.

Irônico é o fato de que a primeira Carta Política nacional, emblema do nascedouro promissor país, tenha sido outorgada por ato impositivo do poder central. Ao contrário do que havia se dado em nações vizinhas, aqui não se implantou de imediato o regime republicano. Manteve-se a monarquia. Esta, descendente de séculos de despotismo, entrou logo em conflito com aquilo que pregava. Instalou-se o parlamentarismo, dando, a princípio, feição das mais democráticas. Tudo isso, todas as incongruências presentes propiciaram diversas revoltas e disputas, mas sempre manteve-se, na Constituição, a inteireza do Império. Críticas existiram, mas inegável são as qualidades do primeiro texto político brasileiro, influenciado que foi pelo Iluminismo.

Embrião da Ilustração foram, também, as noções de bem jurídico e do próprio Direito Penal moderno. Desvinculando-se das preocupações éticas e religiosas, passa o delito a ganhar novos horizontes.[77] Deixa o Direito Penal de cobrir-se de sangue, para tornar a todos iguais. As penas e os processos deixam seus aspectos verdadeiramente selvagens para tomar posições humanistas. É a figura do homem e da Justiça que se vê prestigiada.

Divagando sobre o tempo e o Direito Penal, Gérson Pereira dos Santos já frisava: "se a história é linear, o desafio é sem fim. Depois de observar que o tempo nos ensina a evitar equívocos, não a apresentar acertos, disse-nos J. Luis Borges: 'nadie pierde el passado ni el porvenir, pues a nadie pueden quitarle lo que no tiene. Recuerda que todas las cosas giran y vuelven a girar por las mismas órbitas y que el espectador es igual verla un siglo o dos o infinitamente'".[78] Ora, nada mais verdade.

De todo lamentável é que hoje, ao contrário do que ontem, encontre-se a legislação nacional tão distante do ideal. Se à época do Império tinha-se o que de mais moderno a ciência tinha a oferecer, hoje a situação é reversa. Cedendo às pressões de um movimento de lei e ordem, abaixando-se frente a brados demagógicos, nunca teve o Brasil semelhante balbúrdia legislativa.

O norte definido de forma clara e científica poucas vezes é hoje encontrado. O primeiro momento de criação de Lei nacional deu-se doutra forma. É certo que não mais hoje são encontrados aqueles pensadores que deram forma às idéias.

Fruto de tempos melhores, a *ratio essendi* do pensamento iluminista ainda é presente. Poucas ramas da ciência jurídica tão bem exploram o espírito humanista

(77) Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996. p. 23.

(78) Gérson Pereira dos Santos. *Do passado ao futuro em direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1991. p. 49.

quanto o Direito Penal. Este espírito iniciou-se antes mesmo dos tempos da Era das Luzes, mas nele floresceu, chegando, aos dias de hoje, moderno e renovado. Seus opositores, os verdugos de plantão, não hão de superar a verdade. Se isso se imaginar, se for aceito o absurdo da não-cientifização do direito Penal, enfim, se as paixões forem mais fortes que a razão, estar-se-iam justificando os desmandos outrora combatidos. Desprezada a justiça, a lei do mais forte venceria, não cabendo mais esperança para o justo.

Se por um lado é verdade a constatação do liberalismo de muitos dos dispositivos dos textos constitucional e criminal do Império, por outro, é inegável que, outros tantos, sofreram direta influência dos interesses das oligarquias escravocratas de então. Ontem, como hoje, pressões deturpam o espírito reitor das leis. Ontem deu-se passo à frente contra a inaceitável injustiça do Estado. Hoje, não mais existem fronteiras a serem rompidas. O cuidado a ser tomado é diverso. Não se pode, como já ocorreu, submeter-se a vontade de alguns em detrimento da Justiça e da modernidade. A vigilância mostra-se necessária para que os pecados de tempos passados não se repitam, e que não se macule a herança libertária do Iluminismo do séc. XIX.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. "Aspectos do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* n. 86, 1991.

ANDRADA, Paulo Bonavides Paes. *História constitucional do Brasil.* Brasília : Paz e Terra, 1988.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. "O centenário do Código Criminal". *RT*, n. 77, anno XX, 1931.

BARRETO, Tobias. "Commentario theorico e crítico ao Código Criminal". *Obras completas VI – Estudos de direito.* Rio de Janeiro : Empresa Gráfica Editora, 1926.

———. "Prolegomenos do estudo do direito criminal". *Obras completas VI – Estudos de direito.* Rio de Janeiro : Empresa Gráfica Editora, 1926.

BARRETO, Vicente. *A ideologia liberal no processo da Independência do Brasil (1789-1824).* Brasília: Câmara dos Deputados, 1973.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. de Paulo M. Oliveira. São Paulo : Atena, s.d..

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico.* Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid : Debate, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal.* Bogotá : Temis, 1994.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* Rio de Janeiro : Forense, 1959, t. 1.º.

CASÁS FERNÁNDEZ, Manuel. *Voltaire criminalista – Precursor del Humanimo en la legislación penal.* Madrid : Reus, 1931.

CAVALLO, Vincenzo. *Diritto penale.* Napoli : Jovene, 1962. v. I.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal.* Coimbra : Almedina, 1968.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto : Universidade Católica, 1995.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, s.d.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo : RT, 1998.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisitores*. Revisão por Francisco de la Peña. Trad. de Maria José Lopes da Silva. Brasília : Edunb, 1993.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Max Limmonad, 1954.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale – Parte generale*. Bologna : Zanichelli, 1995.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Araujo. *Código Criminal do Império do Brazil*. Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert, 1876.

FIORE, Carlo. *Diritto penale – Parte generale*. Torino : Utet, 1996. v. primo.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo : Max Limonad, s.d. v. 1.

GARGANI, Alberto. *Dal corpus delicti al tatbestant – Le origini della tipicità penale*. Milano : Giuffrè, 1997.

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*. São Paulo : Saraiva, 1993.

GRAVEN, J. "Les conceptions pénales et l´actualidad de Montesquieu". *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, nov. 1949.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Losada, 1950, t. I.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo : RT, 1999.

MACHADO NETO, Zahide. *Direito penal e estrutura social*. São Paulo : Saraiva, 1977.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino : Utet, 1961. vol. I.

MANZONI, A. *Storia della colonna infame*. Napoli : [s.e.] 1843.

MATTEUCCI, Nicola. "Contratualismo". *Dicionário de política*. Trad. de Carmem C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. Brasília : Universidade de Brasília, 1986.

NUVOLONE, Pietro. "Processo e pena nell'opera di Cesare Beccaria". *Trent'anni di diritto e procedura penale*. Padova : Cedam, 1969.

PINTO, Bazílio Alberto de Sousa. *Lições de direito criminal adaptadas às instituições de direito criminal portuguez do Senhor Paschoal José de Mello Freire*. Coimbra : União, 1847.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : RT, 1996.

RADBRUCH, Gustav; GWINNER, Enrique. *Historia de la criminalidad* (ensayo de una criminología histórica). Trad. Arturo Majada. Barcelona : Bosch, 1955.

REALE JR., Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : José Bushatsky, 1973.

———. *Teoria do delito*. São Paulo : RT, 1998.

RODRIGUES, José Honório. *A Assembléia Constituinte de 1823*. Petrópolis : Vozes, 1974.

SÁINZ CANTERO, José A. *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Barcelona : Bosch, 1970.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em direito penal*. Porto Alegre : Fabris, 1991.

SILVA, Nuno J.Espinosa Gomes da. *História do direito português*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

SPIRITO, Ugo. *Storia del diritto penale italiano – Da Cesare Beccaria ai giorni nostri*. Torino : Fratelli Bocca, 1932.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo : RT, 1980.

THOMPSON, Augusto. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo : RT, 1976.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. de Federico Carotti. São Paulo : Martins Fontes, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo : RT, 1997.

ZANFARINO, Antonio. *Il pensiero politico dall'Umanesimo all'Illuminismo*. Padova : Cedam, 1998.

2.5

APLICAÇÃO DA PENA*

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

SUMÁRIO: I. Sistema de penas. Penas substitutivas. *Sursis* – II. Elementos e circunstâncias do delito – III. Cálculo da pena.

Resumo: O trabalho judicial para a individualização da sanção penal passa pelo exame do sistema de penas, com especial relevância para as hipóteses de substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direito, ampliadas com as modificações introduzidas pela Lei 9.714/98. Depois de feita a classificação da conduta, com as elementares e as qualificadoras do delito, o juiz calculará a pena; nesse trabalho, considerará as circunstâncias do delito, passando por três fases. Em primeiro lugar, com as circunstâncias judiciais, definirá a pena-base; depois, fará incidir as circunstâncias atenuantes ou agravantes; por último, as causas de aumento ou diminuição. É trabalho técnico, complexo, de grave repercussão sobre a liberdade do réu.

Palavras-chave: Pena – Aplicação – Substituição – Circunstâncias – Regime.

I – Sistema de penas. Penas substitutivas. *Sursis*

1. Reunidos os elementos da conduta punível (ação típica, antijurídica e culpável) e inexistindo causa de não-aplicação da pena (ex.: art. 140, § 1.°, do CP) ou extintiva da punibilidade (art. 107 do CP), cumpre ao juiz, na sentença, aplicar a sanção penal prevista para o caso.

2. Essa sanção, por preceito constitucional (art. 5.°, XLVI), deve ser individualizada. A individualização já começa na elaboração da lei (individualização legislativa), quando são escolhidos os fatos puníveis, as penas aplicáveis, seus limites e critérios de fixação. A individualização feita na sentença, ao réu, no caso concreto, corresponde à segunda fase (individualização judicial), seguida da individualização executória, durante o cumprimento da pena. Aqui nos interessa a segunda etapa.

3. A individualização judicial é uma garantia do réu e deve ser sempre fundamentada, não de forma vazia, com a repetição dos dizeres da lei e termos abstratos, mas com a indicação precisa dos fatos provados nos autos. A boa individualização judicial depende de o juiz ter-se preocupado, durante a instrução do feito, com a colheita e o registro dos elementos que serão necessários para a posterior definição da pena.

(*) Aula proferida no Curso de Preparação ao Concurso de Juiz de Direito – Escola Superior da Magistratura/RS. Texto básico ampliado e atualizado em março de 2000.

Nos termos do art. 59 do CP, o juiz deve obedecer ao seguinte: 1) estabelecer as penas aplicáveis, dentre as cominadas. A cominação constante da norma incriminadora, que prevê o tipo e a pena, pode ser *isolada* (uma só pena); *cumulativa* (duas penas, privativa de liberdade e multa; ou três penas, privativa de liberdade, restritiva de direito e multa, como acontece no art. 308 do Código de Trânsito) ou *alternativa* (uma ou outra pena). A escolha de uma ou de outra tem a sua razão de ser e por isso deve estar fundamentada; 2) graduar a pena escolhida dentro dos limites legais; 3) determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; 4) decidir sobre a substituição da pena ou a sua suspensão condicional se, em princípio, a pena aplicada as admitir.

O julgador deve examinar ainda a possibilidade de substituição da pena por medida de segurança quando o réu for semi-imputável e necessitar de especial tratamento curativo (art. 98).

4. O nosso sistema penal contempla as *penas institucionais*, que são as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), e as *penas alternativas*, que são as penas restritivas de direitos (art. 43 do CP), a multa penitenciária, cominada na norma incriminadora, e a multa reparatória (art. 297 do Código de Trânsito).

5. As penas privativas de liberdade (que não são as penas corporais, açoite, flagelo etc.) são: reclusão, detenção ou prisão simples (CP e LCP). A reclusão distingue-se da detenção porque: a) é a única em que o regime inicial pode ser o fechado; b) é a única que pode ter o efeito de perda do pátrio poder, tutela ou curatela (art. 92); c) não permite tratamento ambulatorial ao inimputável, que deverá ser internado se respondeu por crime punível com reclusão (art. 97). A prisão simples está prevista na Lei das Contravenções Penais e será cumprida, sem rigor penitenciário, em regime aberto ou semi-aberto (art. 6.° da LCP).

6. Os regimes de penas são:

– *fechado:* a) para o reincidente punido com reclusão, qualquer que seja o tempo da pena; b) para o não-reincidente punido com reclusão superior a oito anos. É preciso ter em conta que o regime fechado é destinado ao início do cumprimento da pena de reclusão, não da de detenção (art. 33 do CP), enquanto o semi-aberto e o aberto são reservados aos não-reincidentes. Logo, os reincidentes, aos quais não é permitido iniciar o cumprimento da pena nos regimes semi-aberto e aberto (§ 2.°, *b* e *c* do art. 33), começam o cumprimento no regime fechado, desde que punidos com pena de reclusão (art. 33, *caput*). Entende-se que o regime fechado só é obrigatório como fase inicial do cumprimento da pena de reclusão se a condenação for superior a oito anos ("deverá começar a cumpri-la", diz o § 2.°, *a*). Isso significa que o juiz pode deixar de optar por esse regime inicial para o reincidente com pena igual ou inferior a oito anos, atendendo ao disposto no § 3.° do art. 33.

Os condenados por crime decorrente de organização criminosa "iniciarão" o cumprimento da pena em regime fechado (art. 10 da Lei 9.034, de 03.02.1995), enquanto a pena aplicada ao autor de crime hediondo será cumprida integralmente em regime fechado (Lei 8.072/90, art. 2.°; STJ – RHC 5345-RN; RHC 9157-SP; HC 10.195-MS: "A Lei 9.714/98 não reformou a forma de execução penal preconizada na Lei 8.072/90, art. 2.°, § 1.°"). É nessa orientação que se consolida-

ram as jurisprudências tanto do STF como do STJ. Foi julgada constitucional a regra que veda a progressão do regime de pena para o condenado por crime hediondo (STF – HC 73.924-SP). Deve-se ponderar, porém, que sendo a individualização da pena um preceito constitucional, e nela incluindo-se a fase executória, a eliminação da atividade jurisdicional nessa etapa – que é substituída *a priori* pela decisão do legislador, única para todos os condenados, como se todos fossem iguais – parece destoar da exigência de adequação da pena ao condenado e corresponde, *mutatis mutantis*, à determinação legal de pena privativa única, sem possibilidade de graduação.

De outra parte, a Lei 9.455, de 07.04.1997, que dispõe sobre o crime de tortura e admitiu a progressão da pena, não abrange os demais crimes hediondos e equiparados (STF – HC 76.371-SP; STJ – REsp 205.472-RS; HC 10.996-MS; HC 10.000-MS).

Para o condenado por crime de tráfico de entorpecentes, o regime de pena é o fechado (STJ – HC 10.613-RJ), que por isso não pode merecer a substituição por restritiva (RHC 9.517-SP; HC 9.694-SP), embora possa receber *sursis* (REsp 151.769-PR).

– *semi-aberto:* a) para o não-reincidente punido com pena de reclusão de mais de quatro anos até oito; b) para o não-reincidente punido com pena de detenção superior a quatro anos; c) para o reincidente punido com pena de detenção superior a quatro anos. A hipótese (a) é facultativa, pois o juiz pode escolher o regime fechado para início de cumprimento, se assim o determinarem as circunstâncias do art. 59. As hipóteses (b) e (c), prevendo o regime semi-aberto para o punido com detenção, são obrigatórias porque o detento não poderá cumprir a pena no regime fechado, desde o início. Poderá cumprir depois, por necessidade de execução. A solução dada ao caso do reincidente punido com detenção é uma construção, porque a lei não dispõe expressamente, dizendo apenas que o regime fechado se destina ao início do cumprimento da pena de reclusão (vedando, portanto, o ingresso inicial do detento) e impondo como condição para ingresso no semi-aberto e no aberto não ser o condenado reincidente. O detento reincidente ficou sem previsão específica, e é razoável que ele fique nos dois regimes mais favoráveis ante a aparente dificuldade na interpretação da lei.

– *aberto:* a) para o não-reincidente punido com pena de reclusão igual ou inferior a quatro anos; b) para o não-reincidente punido com pena de detenção igual ou inferior a quatro anos; c) para o reincidente punido com pena de detenção até quatro anos.

O cumprimento da prisão albergue em regime domiciliar pode ser feito nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP), no caso de sentenciado maior de 70 anos, do doente, da mãe com filho menor ou da gestante.

Para a escolha do regime inicial, não pode o juiz considerar apenas a gravidade do delito (STJ – HC 9830-SP), devendo atender fundamentadamente ao disposto no art. 59 e apreciar as circunstâncias consideradas para a fixação da pena-base (STJ – HC 9830-SP; REsp 68136-SP). Assim, é incompatível com o sistema a fixação do regime inicial fechado se a pena imposta permite o semi-aberto e as circunstâncias judiciais foram consideradas como sendo favoráveis ao réu (STJ – HC 10042-SP; HC 9559-SP, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves: "Fixar a pena-

base no mínimo legal e agravar o regime inicial da sanção penal são fundamentos incompatíveis"). No eg. STF, assim decidiu a 2.ª T., HC 78223-SP, rel. Min. Marco Aurélio: "O regime de cumprimento da pena é fixado a partir do disposto no art. 33 do CP. Excetuada a hipótese da alínea *a* do § 2.º do referido artigo, cumpre sejam consideradas as circunstâncias judiciais (§ 3.º do art. 33 e III do art. 59, ambos do CP)". Não é necessário, porém, para determinar o regime, explicitar a mesma fundamentação sobre as circunstâncias judiciais se já apontadas na fixação da pena-base (STF – HC 68496-DF).

Quando houver a condenação em mais de um crime, a determinação do regime inicial será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas (art. 111 da LEP).

7. As penas restritivas de direito são autônomas (podem ser *impostas* isolada ou cumulativamente, sem o caráter de acessoriedade que existia no CP de 1940) e são aplicadas em substituição a uma pena privativa de liberdade.

Excepcionalmente, aparecem na legislação esparsa como pena cominada – ex.: arts. 302 e 303 do Código de Trânsito, que prevêem, cumulativamente, além da pena privativa de liberdade, a suspensão ou proibição de permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. Na legislação eleitoral, a pena restritiva está indicada como pena alternativa na própria norma incriminadora, de sorte que só pode haver substituição pela pena substitutiva ali prevista, mas independentemente do preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva enumerados no art. 44 do CP, pois a substituição já está autorizada na lei, embora sua concessão não seja obrigatória (ex.: arts. 34, § 2.º, 39, § 5.º, e 40 da Lei 9.504, de 30.09.1997, que cominam pena de detenção, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade, mais a multa).

As restritivas são as previstas na lei, causando ofensa ao princípio da reserva legal a criação judicial de novas hipóteses (freqüentar cursos, submeter-se a tratamentos, assistir a cultos, o que também fere o princípio de liberdade religiosa etc). Convém lembrar que foram vetados os dispositivos do projeto da Lei 9.714/98, que previam como penas o recolhimento domiciliar e a admoestação. O eg. STF julgou indevida a exigência judicial de doação de sangue (HC 68.309-DF).

Presentes os pressupostos dos incisos I e II do art. 44 do CP, o réu tem o direito de ver examinada a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (STF – HC 66.759-MG); se o juiz reconheceu na sentença esses fatores e ainda os do inciso III, é obrigatória a substituição (STJ – REsp 67.570-SC).

O art. 43 do CP faz a seguinte enumeração: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; III – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; IV – interdição temporária de direitos; V – limitação de fim de semana.

A substituição acontecerá após definidas as penas cominadas ao crime. As penas restritivas "possuem caráter substitutivo, não podendo coexistir com a pena privativa de liberdade, nem ser aplicadas diretamente, sem antes ser fixada a pena privativa de liberdade" (STF – HC 70.355-MG, 2.ª T., rel. Min. Néri da Silveira; no mesmo sentido: STF – HC 74178-PB). A privativa de liberdade pode

ser substituída por multa ou por restritiva de direitos. Se a condenação for igual ou inferior a um ano, a substituição será por multa ou por uma restritiva de direitos; se superior a um ano, a substituição da pena privativa de liberdade será por duas penas alternativas: uma restritiva de direitos e mais a multa, ou duas restritivas de direitos.

Requisitos

São requisitos para a substituição: I – no crime doloso, condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (reclusão ou detenção); no crime culposo, não há limite de pena; II – crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; III – não-reincidência em crime doloso; IV – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição é suficiente.

A Lei 9.714, de 25.11.1998, que elevou para 4 anos o limite da pena aplicada, revogou a parte final do disposto no art. 54 do CP e permitiu a substituição na grande maioria das condenações em crimes patrimoniais e na quase totalidade dos previstos na legislação esparsa sobre delitos econômicos.

No *concurso formal* de crimes e no crime *continuado*, será levada em conta a pena final, que é a única pena aplicada. No *concurso material*, se um dos crimes determinou a imposição da pena privativa de liberdade acima do limite, para este não será deferida a substituição, mas para os outros, que atenderem os requisitos, será possível a substituição. Isso porque, a teor do art. 44, § 5.º, CP, a superveniência da condenação do réu que deverá cumprir pena de prisão não é causa obrigatória da conversão da pena restritiva já concedida "se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior". Quer dizer, o condenado pode cumprir pena privativa de liberdade e pena substitutiva; como isso é permitido ao que já foi condenado por crime anterior, e irá cumprir, com simultaneidade, as penas de natureza diversa aplicadas nas duas sentenças, nada justifica se lhe dispense tratamento diferente na sentença condenatória quando do julgamento de crimes diversos em concurso material. Portanto, a regra do § 1.º do art. 69 está revogada.

A *violência ou a grave ameaça* à pessoa são hoje os verdadeiros obstáculos à substituição, uma vez que o limite de pena permite grande abrangência; na prática, os crimes violentos é que levarão seus autores ao cumprimento da pena privativa de liberdade se não lhes for concedido o *sursis*, permitido para esses casos (art. 77 do CP).

A violência não impede a substituição quando se tratar de crime culposo, em que a agressão à pessoa é o resultado da desatenção à regra de cuidado exigida para a situação, e não da intenção de ferir. Também há de se admitir a substituição da pena na condenação por crimes violentos da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), definidos como de menor potencial ofensivo e aos quais é destinado tratamento especial.

A *reincidência* em crime doloso significa que os dois delitos considerados são dolosos, e apenas nesse caso haverá o impedimento legal. Se um dos crimes for culposo, a vedação não existe, e a substituição pode ser efetuada.

Mesmo sendo o condenado reincidente em crime doloso, o juiz poderá efetuar a substituição desde que *socialmente recomendável* e a reincidência não decorra da "*prática do mesmo crime*" (art. 44, § 3.°). A regra flexibiliza o efeito da reincidência, no que fez bem, pois a reincidência não se esgota em dado meramente cronológico, "impõe-se examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica ou específica para a criminalidade, aferindo-se, assim, a personalidade do autor" (STJ – REsp 149.936-SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). Ao referir-se à pratica do mesmo crime, o legislador empregou terminologia imprópria para dizer, na verdade, que não se admitirá a substituição quando houver reincidência *específica,* a qual consiste na prática de novo crime da mesma natureza depois do trânsito em julgado de sentença condenatória pelo crime anterior. Entende-se que são da mesma natureza os crimes previstos no mesmo dispositivo penal, ou em diversos dispositivos, desde que apresentem, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns, como estava definido no art. 46, § 1.°, do CP, com a redação de 1940 e em vigor até o advento da Lei 6.416/77.

Também há de se reconhecer que a regra do art. 77, § 1.°, ao permitir o *sursis* apesar da anterior condenação à pena de multa, é aplicada à substituição da pena, pois o *sursis*, para os efeitos da lei, é teoricamente mais grave do que a substituição; se, para o *sursis*, a condenação anterior à multa é irrelevante, também deverá sê-lo para a substituição.

A reincidência, portanto, só é causa impeditiva da substituição se for específica, e em crime doloso, com anterior condenação à pena privativa de liberdade. Por fim, para o efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo maior que cinco anos, computado o período de prova da suspensão condicional ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação; não se consideram os crimes políticos e os militares próprios (art. 64, CP).

Os *requisitos do inc. III* do art. 44, porque são também fatores para o cálculo da pena-base (art. 59), serão examinados quando dela se tratar. Registre-se, porém, como recomenda o Prof. Marco Aurélio Moreira de Oliveira, que tais elementos devem ser aqui examinados à luz da finalidade a que se destina esta decisão, simplesmente para a substituição da pena, de tal modo que o valor de cada um deles será ponderado para a fixação não da quantia da pena, mas do modo de sua execução. Por isso, como se trata de um juízo que se projeta sobre o comportamento futuro, as circunstâncias poderão ter diversa ponderação. Não foram referidas no inc. III, entre os pressupostos para a substituição, as circunstâncias judiciais sobre os motivos para o crime e o comportamento da vítima. Como não deixam de ser circunstâncias do crime, podem, a esse título, ser consideradas.

Restritivas em espécie

A pena substitutiva de *prestação pecuniária* consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Como tem natureza reparatória, o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação

civil, se coincidentes os beneficiários. Distingue-se da multa penitenciária, pois esta não tem aquela finalidade e se destina à Fazenda Pública (art. 51); também não se confunde com a multa reparatória do art. 297 do Código de Trânsito, que, embora tenha o mesmo caráter indenizatório e seja paga em favor da vítima ou seus sucessores, tem esta como pressuposto a existência de prejuízo material resultante do delito, a cujo valor está limitada.

Aos juízes cabe evitar transformar a prestação pecuniária em principal resposta penal ao crime, como adverte o Prof. Miguel Reale Júnior. Esse cuidado deve estar presente especialmente quando a pena privativa de liberdade for alta, pois é impróprio escolhê-la em detrimento de outras alternativas mais eficazes do ponto de vista da repressão penal, como a de prestação de serviços à comunidade. Se houver dano a reparar, a prestação pecuniária será apenas a antecipação da indenização civil, que não será paga pelo desprovido de recursos, categoria a que pertence a maioria dos réus em processos criminais, e não será sentida pelo abonado, porquanto o seu valor máximo é relativamente baixo, muito aquém do que pode ser imposto a título de multa. A sua imposição pode ser feita cumulativamente com a multa penitenciária, e o descumprimento tanto de uma como de outra apenas levará à execução forçada, nos termos do art. 51, CP.

O § 2.º do art. 45 permite a *prestação pecuniária que não seja em dinheiro*, mas em prestação de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário. Como o juiz não pode dar uma sentença condicional, sujeita à vontade da vítima ou de seus dependentes, a aquiescência deve estar nos autos quando do julgamento, por iniciativa das partes ou provocada de ofício. A prestação substitutiva não será em moeda, mas sempre terá natureza patrimonial, como a entrega de cestas básicas, material de construção etc. A disposição alternativa do § 2.º do art. 45 tem sido criticada pela doutrina, que a considera também inconstitucional. Esse defeito, porém, não é evidente, pois o art. 5.º, XLVI, da CR permite a pena de "prestação social alternativa", e nesse conceito por certo se incluem as prestações de natureza econômica acima referidas. Ademais, em um país onde a fome é uma realidade, a distribuição de alimento pelos autores de delito não chega a ser um fato desarrazoado.

A *perda de bens* (móveis ou imóveis) ou *valores* (depósitos, títulos, ações etc.) pertencentes aos condenados dar-se-á em favor do Fundo Penitenciário Nacional, no limite do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime.

Essa novidade introduzida pela lei de 1998 não elimina o disposto no art. 91, CP, que prevê, como efeito da condenação, a perda, em favor da União – ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé – dos instrumentos do crime (objetos que serviram à prática da ação), do produto do crime (coisas obtidas diretamente com a prática do fato) ou do seu proveito (coisas adquiridas com o produto do crime). A medida aplicada como efeito da condenação incide *sobre* o produto ou o proveito, ao passo que a pena restritiva do art. 43, II, definida no art. 45, § 3.º, considera o proveito apenas como *limite de pena*, pois a sanção pode recair sobre outros bens do condenado, não necessariamente produto ou proveito do delito. Convém seja aplicada a pena restritiva no caso de impossibilidade de aplicação da regra do art. 91, CP. Se os bens que existem são produto ou proveito

do crime, a perda já é efeito da condenação, cumprindo aplicar, em substituição à prisão, outra pena restritiva.

Entre os bens e valores pertencentes ao condenado, incluem-se os direitos dele sobre bens de outros, adquiridos mediante contrato (ex.: promessa de compra e venda). A alternativa entre o montante do prejuízo ou do proveito se explica porque pode haver prejuízo sem proveito, como no caso da imediata destruição da coisa apropriada, ou proveito sem prejuízo, como na hipótese do numerário a final devolvido, que esteve empregado com êxito no jogo da bolsa.

A *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* é a pena restritiva que melhor atinge as finalidades da substituição: afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço a favor de entidade que atua em benefício do interesse público, tornando-o partícipe e colaborador de seus programas e objetivos; tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, e é executada de forma digna, de modo socialmente útil e sem maior despesa para o Estado; tem eficácia especial, pois apresenta um dos menores índices de reincidência, conforme evidenciam os relatórios das varas de execução onde instalados a contento os serviços para controle dessa pena. A dificuldade está em que a escolha dessa alternativa depende de um mínimo de organização dos serviços da vara de execuções penais, que deve contar com: (1) levantamento prévio das entidades nas quais possam ser prestados os serviços e assinatura de convênio sobre os procedimentos e responsabilidades; (2) serviço estruturado na vara, para manter esse relacionamento com as entidades, organizar a lista de postos de serviços, natureza e localização, receber os condenados e encaminhá-los aos locais adequados; (3) fiscalização do cumprimento da pena. Isso é muito pouco, do ponto de vista administrativo, e depende de parcos recursos, mas parece que tem sido demasiado para o Judiciário, tanto que em apenas poucas comarcas do país foi implantada tal estrutura. Porém, onde o foi de modo adequado e suficiente, como ocorreu na Vara de Execuções de Porto Alegre a partir de 1988, os resultados são animadores. É da responsabilidade dos juízes, adverte Reale Júnior, impedir que essa solução alternativa, a melhor delas, seja absorvida pelo comodismo da prestação pecuniária.

A pena alternativa de *prestação de serviços* é permitida em condenações superiores a seis meses de privação da liberdade (art. 46) e consiste em desempenho de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e estabelecimentos congêneres, atribuídas de acordo com as aptidões do condenado e cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46 e seus parágrafos). A prestação, como de resto todas as penas restritivas que possam ser medidas pelo tempo, terá a mesma duração da pena privativa de liberdade (art. 55), mas a superior a um ano poderá ser cumprida em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade (art. 46, § 4.º). Essa exceção cria desigualdade entre o condenado a treze meses, que gozará do benefício de encurtar o tempo, o que não é permitido a quem foi condenado a um ano. Por isso, voltará a ocorrer na prática o que acontecia no regime originalmente implantado pelo CP/40, quando o livramento condicional tinha como requisito pena superior a dois anos: os tribunais, quando aplicavam pena de dois anos, fixavam-na em dois anos e um dia.

Para o efeito da substituição, esta será a solução para obviar a desigualdade criada pela lei atual: fixar a pena privativa de um ano em um ano e um dia. O art. 46, § 4.°, define a possibilidade de redução do tempo como uma faculdade do condenado, o que há de se entender como um direito de requerer ao juiz a redução do prazo, a ser deferida caso não prejudique o objetivo da sanção, mas que não pode ser imposta porque exigirá maior prestação diária.

As penas de *interdição temporária de direitos* são: (I) proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (II) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependa de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (III) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e (IV) proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47).

As penas dos incisos I e II do art. 47 são destinadas aos autores de crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56).

A regra do inc. III do art. 47 do CP, sobre a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, não se confunde com o efeito da condenação previsto no art. 92, III, do CP, consistente na inabilitação para dirigir, sanção imposta a quem se utilizou do veículo para a prática de crime doloso.

A disposição sobre essa pena restritiva deve ser interpretada hoje em harmonia com o disposto no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23.09.1997), que é especial quanto aos crimes dessa natureza. Nos termos desse Código, a suspensão da *habilitação* para dirigir veículo pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativa com outras penalidades (art. 292 do CTB), com duração de dois meses a cinco anos (art. 293), pelo que não cabe aplicar a suspensão da habilitação para dirigir, prevista no art. 47, III, do CP, como substitutiva da pena por crime cometido no trânsito.

O CTB ainda prevê como pena principal, genericamente prevista no art. 292, ou na própria norma incriminadora (arts. 302, 303, 306, 307, 308), a suspensão (para quem já a obteve) ou a proibição de vir a obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A permissão é concedida a candidato aprovado em curso e tem validade por um ano, ao término do qual será concedida a habilitação para dirigir se o candidato não tiver cometido infração grave ou gravíssima e não for reincidente em infração média (art. 148 do CTB). O Código Penal não se refere à pena de proibição nem ao ato de permissão para dirigir, razão pela qual também não se aplica a essas situações.

A suspensão de *autorização* para dirigir veículo não está prevista no Código de Trânsito, daí que persiste a regra do CP, aplicável a quem conduz ciclomotor e veículos de propulsão humana e de tração animal (art. 141 do CTB).

As penas privativas de liberdade em delitos de trânsito podem ser substituídas por restritivas de direitos, desde que não seja a de interdição para dirigir veículos, cominada no CTB como pena principal.

Se o crime tiver sido praticado com violação a dever inerente a cargo, função ou atividade pública, a mandato eletivo, a profissão, atividade ou ofício que de-

pendam de licença ou autorização do poder público, seja ele um fato doloso ou culposo, a substituição dar-se-á por interdição temporária de direitos (art. 47, I e II; art. 56). Sendo a pena igual ou inferior a um ano, na alternativa entre multa e restritiva de direitos, o juiz deve optar por uma das restritivas previstas no art. 47, I e II; se superior a um ano, uma das restritivas será a interdição de direitos ali mencionados.

A *proibição de freqüentar determinados lugares* (art. 47, IV), que já era prevista como uma das condições do *sursis* (art. 78, § 2.°, *a,* do CP), passou a ser pena restritiva, como uma interdição temporária de direitos. Deve ser aplicada somente quando o lugar foi uma das causas determinantes do delito.

A *limitação de fim de semana* (art. 48) consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência do condenado, poderão ser ministrados cursos, palestras ou atribuídas atividades educativas. Como são escassas as casas de albergados, e os nossos presídios somente por eufemismo podem ser considerados "estabelecimentos adequados" para a convivência humana, essa espécie de pena alternativa não tem sido aplicada e, quando o foi, o cumprimento revelou-se necessariamente insatisfatório, deconhecendo-se a existência de algum curso que tenha sido ministrado aos condenados nesse regime.

Legislação esparsa

As disposições do CP sobre substituição de pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos nele previstas são aplicáveis às condenações impostas com base em *leis esparsas* se nestas não houver disposição em sentido diverso:

a) assim acontece com o novo *Código de Trânsito Brasileiro*, no que se mostra incompatível com as normas do CP, como visto acima;

b) a Súm. 171/STJ tem o seguinte enunciado: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa da liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa". Por isso, decidiu-se contrariamente à substituição da pena privativa de liberdade pela de multa em crime contra a *economia popular* (REsp. 9.157-SP) e no crime de porte de substância entorpecente (art. 16 da Lei 6368/76, HC 9862-SP);

c) a Lei 8.072/90, sobre os *crimes hediondos*, embora não exclua, expressamente, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, impõe o regime fechado para o início do cumprimento daquela, o que tem sido julgado na 5.ª T. do STJ como decisivo para o indeferimento da substituição por multa ou restritiva de direitos (STJ, HC 9271-RJ, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo: "À luz do princípio da especialidade (art. 12, do CP), as alterações introduzidas no CP pela lei das penas alternativas (Lei 9.714/98) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei 9.072/90 – de cunho especial – impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado"; no mesmo sentido: RHC 9062-MG; RHC 9061-MG; HC 10169-RJ. Em sentido contrário: HC 8753-RJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: "O crime hediondo não é óbice à substituição". No REsp 71267-SP, julgou-se impossível a substituição por multa, mas adequada a substituição por restritiva de direito, tratando-se de

crime de uso de substância entorpecente, desde que presentes os requisitos do CP. O certo é que os crimes hediondos, quando praticados com violência, ficam desde logo excluídos e são eles a maioria; a questão se põe em se tratando de crime sem violência, com pena de até quatro anos, como acontece no crime de tráfico de entorpecentes. Para estes, em princípio, faltará atender aos fatores enumerados no inc. III do art. 44. Porém, em caso excepcional, quando for o único recurso para a realização da justiça, e sem que tal solução se transforme em mais uma via de impunidade desse grave delito, se plenamente atendidas as exigências do inc. III, parece possível a substituição por restritiva de direitos apenas em favor do agente que se situa na zona cinzenta entre o uso e o tráfico. O Min. Assis Toledo votou vencido no REsp. 54588-SC e deferiu a substituição por multa, defendendo o mesmo ponto de vista em artigo doutrinário. Sobre os crimes hediondos, ver *supra* 6;

d) a Lei 9.504, de 30.09.1997, que estabelece normas para as *eleições*, permite, como única alternativa para a pena de detenção, a prestação de serviços à comunidade para os crimes dos arts. 34, § 2.°, 39, § 5.°, 40, 87, § 4.°, e 91, par. ún.;

e) a Lei 9.099/95, sobre os *Juizados Especiais Criminais*, na hipótese do art. 76, autoriza a imediata aplicação da pena restritiva de direitos como pena principal, não como substitutiva, de tal modo que o juiz pode fixar desde logo a restritiva especificada na proposta do MP, sem necessidade de prévia aplicação da pena privativa de liberdade. Essa aplicação da pena restritiva tem os pressupostos do § 2.° do art. 76 da Lei 9.099/95, e não os do CP. Se houver a falta do pagamento da multa, esta será executada; se o descumprimento for da restritiva, parece inadequada a conversão, pois, para a pena privativa de liberdade, não houve o devido processo, oportunizando-se o oferecimento de denúncia. Embora tenha havido a sentença, não houve ainda a extinção da punibilidade. Para a 2.ª T. do STF, a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em virtude do descumprimento da transação penal, ofende o princípio do devido processo legal (Lei 9.099/95, art. 76). Com base nesse entendimento, e salientando a natureza não condenatória da sentença que homologa a transação penal, a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado pelo Ministério Público para reformar o acórdão do STJ que permitira a conversão. O entendimento é de que, uma vez descumprido o termo de transação, impõe-se a declaração de insubsistência deste, retornando-se ao estado anterior e dando-se oportunidade ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito ou proponha a ação penal, ofertando denúncia (HC 79.572-GO – rel. Min. Marco Aurélio – j. 29.02.2000; *Boletim Informativo Juruá* 249, mar., 2000). A orientação em sentido contrário, que prevalecia no STJ, está bem expressa na seguinte ementa: "A sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode – legitimamente – desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal" (RHC 8198-GO, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves);

f) a Lei 8.078, de 11.09.1990 (*Código de Defesa do Consumidor*), dispõe em seu art. 78 que, além das penas privativas de liberdade e da multa, podem ser impostas, cumulativa ou "alternadamente", observado o disposto nos arts. 44 e

47 do CP, a interdição temporária de direitos, a publicidade sobre os fatos do processo e a prestação de serviços à comunidade. A hipótese de aplicação "alternada" significa a possibilidade, uma vez atendidos os requisitos do art. 44 do CP, da substituição da pena privativa de liberdade por uma das três penas restritivas de direitos mencionadas no art. 78 (a – interdição temporária de direitos, que só pode ser a do art. 47, II, de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; b – prestação de serviços à comunidade; c – publicação de notícia sobre os fatos e a condenação). A pena de publicação de notícias sobre os fatos e a condenação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, é uma nova espécie que não está entre as restritivas do CP, mas se justifica pelas circunstâncias da relação de consumo e pela necessidade de proteção preventiva da economia popular, para o que a divulgação ampla serve como útil e muitas vezes indispensável instrumento. Essas restritivas podem ser impostas cumulada ou alternativamente. Algumas especificações, porém, devem ser feitas sobre tal escolha. A pena de publicação deve ser aplicada, de preferência, cumulativamente com as outras penas, pois mais se aproxima de um efeito da sentença e decorre da necessidade de lhe dar efetiva publicidade. Já a de interdição de direitos pode ser aplicada em substituição ou cumulativamente com as principais de privação da liberdade e de multa. Observa-se que essa possibilidade de cumulação não destoa de outras hipóteses legais, como a que está no Código de Trânsito, que permite a soma da privativa de liberdade, interdição de direitos e multa, e não ofende o sistema, visto que a interdição, muitas vezes, é também efeito da própria condenação. Porém, há de se entender que a prestação de serviços à comunidade, pela sua própria natureza, deve ser usada apenas como substitutiva da pena privativa de liberdade. Não está vedada a aplicação das outras restritivas do art. 43 do CP, mas para a substituição devem ser usadas, preferentemente, as do art. 78 do CDC. Em resumo, a pena de interdição de direitos (art. 78, I, do CDC) pode ser usada cumulativamente ou em substituição à pena privativa de liberdade; a de prestação de serviços convém seja apenas substitutiva da pena privativa de liberdade, enquanto a de publicação, apenas cumulativa.

8. A pena de multa penitenciária a que se refere o art. 49 do CP há de ser aplicada em dias-multa, dentro dos limites do art. 49: de dez a trezentos e sessenta dias-multa; no valor de 1/30 a cinco vezes o maior salário mínimo, podendo ser elevada até o triplo (art. 60, § 1.°, do CP).

No CP, ela está prevista em cada tipo, mas seus valores são calculados de acordo com o disposto na parte geral (art. 49). A multa substitutiva independe de previsão no tipo. Nas leis esparsas, a multa ora obedece a esse mesmo critério, ora tem seus valores definidos na própria lei, no que se observa grande variedade. Pode estar estipulada em valor certo (Lei 9.472/97, R$ 10.000,00, art. 183) por um legislador que confia na definitiva extinção da inflação; em percentual sobre o montante do valor econômico do delito (10%, Dec.-lei 167/67, crédito rural, art. 54; Lei 8.685/93, sobre audiovisuais, 50% sobre o valor da redução); sobre o valor do aluguel (Lei 8.245/91); em OTN (Lei 7.347/85, dano contra o meio ambiente; Lei 7.643/87, proteção aos cetáceos); pelo maior valor de referência

(Lei 7.802/89); em BTNs (Lei 8.137/90, ordem tributária; Lei 8.176/91, combustível); em UFIRs (Lei 9.100/90 e Lei 9.504/97, sobre eleições). Quando calculada a partir do número de dias-multa, a sua quantidade obedece ao disposto no CP, ou a outros parâmetros, como aos da Lei 9.279/96 (propriedade industrial), cujos limites são de 100 a 360 DM, de 100 a 150, de 200 a 360 DM, e assim por diante, ou ao art. 77 do CDC, que determina seja o número de dias calculado de acordo com os limites da pena privativa de liberdade (art. 77 do CDC).

Para o cálculo da multa, a lei ordena sejam consideradas, principalmente, as condições econômicas do réu. Isso permite sejam levados em conta outros fatores, secundariamente. A necessidade de adequado ajustamento da pena recomenda seja ponderada também a gravidade da infração, em obediência ao princípio da proporcionalidade que deve existir entre um e outro. Por isso, conveniente que este dado interfira quando da fixação do número de dias a fim de manter o sistema geral do Código, em que a gravidade da infração determina a natureza e os limites mínimo e máximo da sanção. Fixado, segundo a gravidade do crime, o número de dias-multa, o valor de cada um deles ficará na dependência da avaliação das condições econômicas do condenado.

O cálculo da pena de multa não sofre os efeitos das causas de aumento ou de diminuição. Discute-se sobre a pena do crime tentado, que é um tipo de crime, e por isso deve ter seus limites abstratamente reduzidos em relação ao crime consumado. Ocorre que esse fator pode e deve ser ponderado quando da definição do número de dias, daí por que seria inadequado fazê-lo atuar novamente como causa de diminuição.

Em caso de concurso de crimes (material ou formal – art. 72) e também no crime continuado, as penas de multa são aplicadas cumulativamente, isto é, distinta e integralmente.

Transitada em julgado a sentença, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe a legislação sobre dívida ativa da Fazenda Nacional, devendo ser promovido o devido processo de execução pelos seus procuradores perante a jurisdição civil. Não há, portanto, conversão da pena de multa em privativa de liberdade.

A *pena de multa também pode ser substitutiva*, aplicada isolada ou cumulativamente com pena restritiva de direitos, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP. Se a condenação à pena privativa de liberdade for igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por restritiva de direitos; se superior a um ano até quatro, inclusive, a substituição pode ser por uma pena de multa e uma restritiva de direitos, ou por duas restritivas de direitos. A ela também se aplica a regra do art. 51, que impede a sua conversão em pena privativa de liberdade.

Os requisitos para a substituição por multa são os mesmos do art. 44. O disposto no art. 60, § 2.°, foi implicitamente revogado pela Lei 9.714/98.

Na escolha de uma das alternativas permitidas, o juiz deve ponderar a eficácia da substituição, pois a substituição da privativa de liberdade pela de multa, para quem sabidamente não tem condições de pagá-la, significará a efetiva ausência de resposta do Estado.

A pena a ser considerada para a substituição é a final; se houver concurso de crimes, atender-se-á à soma das diversas penas (no concurso material) ou à pena já aumentada (no concurso formal ou no crime continuado). Essa substituição se permite também para as leis especiais.

É possível cumular a pena de multa cominada no CP com multa substitutiva. Porém, em se tratando de legislação especial, com cominação de pena privativa de liberdade e de multa, a Súm. 171 – STJ veda a substituição da pena de prisão por outra pena de multa, conforme acima referido.

A pena de multa ainda pode ser reparatória, definida no art. 297 do Código de Trânsito, como o depósito judicial em favor da vítima, ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1.º do art. 49 do CP (entre 1/30 do s.m. e 5 vezes o s.m.), sempre que houver prejuízo material resultante do crime, não podendo ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo, e será descontada quando da indenização civil do dano. O pressuposto, portanto, é a existência de dano material, isto é, patrimonial, assim compreendido tanto o que incide sobre coisas como sobre a pessoa, tanto o prejuízo material emergente como o lucro cessante, que é também um dano material. O que exclui a imposição da multa reparatória é a existência apenas de dano moral, ou extrapatrimonial, isto é, quando não existe uma diminuição do patrimônio do lesado, economicamente apreciável. Para a definição do valor da multa reparatória, cujo teto máximo é o equivalente ao prejuízo demonstrado nos autos, deverá o juiz, durante a instrução, colher elementos que facilitem o seu trabalho na sentença, o que não significa que tal avaliação dependa de perícia, pois é mais uma estimativa, um arbitramento judicial fundado nos elementos de que o juiz dispõe para o julgamento. Trata-se de inovação útil, porque antecipa a indenização do lesado, a ser usada com critério e debaixo dos parâmetros da lei. O depósito será feito até dez dias depois do trânsito em julgado da sentença em favor da vítima ou de seus sucessores, podendo o valor arbitrado ser objeto de execução judicial se o devedor não pagar nem requerer o pagamento parcelado, em processo a ser instaurado pelo beneficiário ou pelo Ministério Público.

9. *A suspensão condicional da execução da pena* pode ser comum ou especial. O *sursis* comum (ou simples) tem como *requisitos*:

I – *Objetivo* – a fixação da pena privativa de liberdade em até dois anos (inclusive). Para essa verificação, deve ser computada a causa de aumento (STJ – HC 7389-AM), entre elas a do crime continuado (STJ – RHC 7779-SP).

II – *Subjetivo*

a) não-reincidência em crime doloso.

Isto significa que pode receber o *sursis:* a) o réu já condenado por outro crime, desde que não caracterizada a reincidência; b) o reincidente cujo crime anterior seja doloso, e o atual, culposo, ou aquele cujo crime anterior seja culposo, e o atual, doloso ou culposo; c) o réu reincidente condenado antes somente à pena de multa, ainda que substitutiva.

b) a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias autorizarem a concessão do benefício.

III – *Misto* – incabível ou não indicada a substituição por pena restritiva de direito ou multa, na forma do art. 44. O *sursis*, em razão da elevação dos limites da pena para a substituição por restritiva ou multa, passou a ser de aplicação subsidiária àquela substituição, eventualmente incabível por ter sido o crime praticado com violência ou grave ameaça. Assim, é possível deferir o *sursis* "em caso de ilícito penal qualificado de hediondo" (STJ – HC 7919-SP).

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão (art. 77, § 2.°).

O período de prova, ressalvada a excepcionalidade do § 2.° do art. 77, é de dois a quatro anos. Durante o primeiro ano, o condenado cumprirá a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de fim de semana e, nos seguintes, atenderá às condições impostas pelo juiz na sentença, que podem ser as de não freqüentar determinados lugares, não se ausentar da comarca sem comunicar ao juízo, ou de comparecer periodicamente em juízo. Omitindo-se o juiz quanto às condições do *sursis*, pode o juízo da execução fixá-las (STJ – REsp 69740-SP).

O *regime especial* de suspensão condicional pode ser concedido ao condenado que:

I – Atenda a todos os requisitos acima indicados.

II – Tenha reparado o dano, em qualquer tempo, salvo impossibilidade.

III – Tenha inteiramente favoráveis a si as circunstâncias judiciais do art. 59.

Nesse regime de *sursis*, não haverá, no primeiro ano de provas, o cumprimento de pena restritiva de direitos, que será substituída por uma das condições previstas no § 2.° do art. 78: proibição de freqüência, ausência mediante autorização e comparecimento em juízo.

A modificação introduzida pela Lei 9.714/98, permitindo a substituição da pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quebrou o equilíbrio estabelecido pela Lei 7.209/84, que oferecia um sistema harmônico de gradual benefício ao condenado de acordo com a gravidade da sua situação, passando, desde o início, do cumprimento de pena em regime fechado, semi-aberto, prisão albergue, permitindo a suspensão condicional comum e a suspensão condicional especial, e chegando à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva ou por multa. Hoje, o *sursis* – que é, para os fins da lei, mais oneroso do que a substituição por pena restritiva, pois tem um período de provas e sempre está presente a possibilidade de revogação – tem requisitos mais exigentes para a sua concessão do que os previstos no art. 44 para a substituição da pena. Isso decorre da falta de adequação do sistema às inovações introduzidas pela nova lei. Como o juiz deve apreciar em primeiro lugar a possibilidade da substituição por uma das penas do art. 43, aplicáveis a sanções mais graves, o deferimento do *sursis* acontecerá nos casos em que, embora a condenação seja à pena menor de quatro anos, mas, regressivamente, até dois anos, não haja a possibilidade de efetuar a suspensão, como acontece especificamente nos casos de crimes violentos com penas impostas não superiores a dois anos.

10. A pena imposta a réu semi-imputável poderá ser substituída por medida de segurança se ele necessitar de especial tratamento curativo (art. 98). A substituição será pela internação em estabelecimento adequado (art. 96, I) ou sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96, II). A lei não determina a adoção de um ou outro regime em razão da natureza da pena, mas é conveniente atentar para o disposto no art. 97, que até para o inimputável permite o tratamento ambulatorial no caso de ter praticado fato punido com pena de detenção. Assim, se não houver motivo grave, o réu semi-imputável condenado à pena de detenção, que deva ter a pena substituída, será submetido a tratamento ambulatorial.

II – Elementos e circunstâncias do delito

11. A conduta punível tem elementos constitutivos essenciais (sem os quais ela não existe), que podem ser genéricos ou específicos. Os genéricos estão presentes em todos os delitos: ação típica, antijurídica, culpável. As condutas que reúnem tais características básicas apresentam-se no mundo dos fatos sob as mais diversas modalidades de comportamento criminoso. Os tipos descrevem as condutas ilícitas penais e, assim, fixam os elementos essenciais específicos de cada um dos crimes. Esses fatores, que integram um tipo básico ou autônomo, distinguindo uns dos outros, são as elementares do crime, ou os elementos constitutivos essenciais específicos daquele tipo de crime.

Todos os demais fatores que, não sendo essenciais (não elementares do crime), interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime. Estas são acidentais, podendo estar ou não presentes na realização de uma certa figura típica.

Distingue-se a elementar de uma circunstância pelo processo hipotético de eliminação. Se a exclusão de certo fator implica a descaracterização do fato como crime, ou faz surgir um outro crime, tal dado é uma elementar. Ex.: eliminando-se o fator "funcionário público", não há crime de prevaricação, nem outro qualquer pela demora na movimentação do processo; eliminando-se o mesmo dado, deixa de existir o peculato e pode haver a apropriação indébita. Logo, ser funcionário público é elemento essencial dos crimes de prevaricação e de peculato. Se o fator excluído não impede a caracterização do crime, trata-se de uma circunstância do crime.

As circunstâncias estão descritas em várias disposições sobre aplicação de pena, na parte geral e na parte especial, e também nas leis esparsas, ao passo que as elementares compõem os tipos. Mas é preciso observar que apenas o tipo básico (art. 121, *caput*) ou o tipo autônomo (ex.: art. 123) contêm as elementares do crime. O tipo derivado (ex.: art. 121, § 1.° ou § 2.°) tem como seu componente circunstâncias (motivo de relevante valor; traição) que são elementos do tipo derivado, mas não são elementares do crime de homicídio, e sim simples circunstâncias dele, apenas embutidas num tipo derivado. São dados acidentais, cuja existência ou inexistência não alteram a definição do crime como homicídio.

As elementares servem para a classificação do crime, com a qual o juiz conclui o juízo condenatório, iniciando logo após a aplicação da pena (art. 59). Uma

vez definido certo aspecto como elementar do crime, não pode ele novamente ser ponderado para a fixação da pena em alguma de suas fases. Nesse sentido, prevalece a regra de que o mesmo fator deve ser utilizado apenas uma vez, de modo que mais atue a favor ou contra o réu.

Quanto à classificação do delito, deve-se considerar desde logo as circunstâncias especiais incluídas nos tipos derivados. Por exemplo, o furto mediante concurso de agentes classifica-se no art. 155, § 4.°, IV. Assim é feito porque a classificação do delito serve para definir as penas aplicáveis – e os seus limites mínimo e máximo, cominadas no tipo derivado.

12. As circunstâncias classificam-se em judiciais e legais. As primeiras são as enumeradas no art. 59, genericamente mencionadas na lei através do dado objetivo ou subjetivo que deve ser apreciado, ficando delegado ao trabalho do julgador a identificação do fato relevante no âmbito referido pela lei. Relativamente a elas, o Código não define quais devem ser consideradas favoráveis ou desfavoráveis ao réu, indicando apenas a sua natureza, cabendo ao juiz fazer a investigação pertinente durante a instrução probatória e depois individualizá-las na sentença.

A primeira circunstância judicial, e de todas a mais importante, é a culpabilidade, pois "a pena não pode superar a medida da culpabilidade". Para o fim da definição da pena, ao juiz cumpre avaliar o grau de censurabilidade do réu por adotar um comportamento ilícito, tendo condições de se conduzir de acordo com o direito. Não cabe levar em conta a gravidade da infração, pois esta já foi considerada para a escolha da natureza e dos limites da pena, mas sim o conjunto de circunstâncias que tornam mais ou menos reprovável a conduta do agente. Considera-se, nessa fase, que o crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigorante na comunidade assim como expresso na lei; seu ato será tanto mais censurável quanto maior a frustração. A avaliação do juiz ponderará o conjunto dos elementos subjetivos que atuaram para a deflagração do delito, os motivos, os fins, as condições pessoais, analisados de acordo com o sentimento ético da comunidade em relação a tais comportamentos. Não confundir com o dolo: "Dolo é aspecto do elemento subjetivo, de vontade do agente, agasalhado pelo CP em dois aspectos: direto e eventual (art. 18, I). Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isto sim, à culpabilidade, entendida no sentido moderno da teoria geral do delito como reprovabilidade, censurabilidade ao agente, não ao fato. No caso *sub judice*, a pena-base foi majorada pela 'intensidade do dolo'. Essa qualificação é normativamente inadequada" (STJ – HC 9584-RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Os antecedentes são os fatos registrados sobre o comportamento anterior do réu, integram a sua história de vida e já não podem ser modificados, apenas conhecidos e avaliados, sempre na perspectiva do crime que está em julgamento. Serão bons ou maus, de acordo com a sua maior ou menor concordância com os preceitos de conduta aceitos, mais ou menos importantes quanto maior a sua relação com o crime. No STF, adotando a orientação que parece ser a melhor,

julgou-se repetidas vezes que os inquéritos policiais e os processos criminais podem ser considerados para atribuir ao réu maus antecedentes (STF – HC 73.394-SP; HC 70.871-RJ; HC 74.967-SP; HC 72.130-RJ; HC 73.297-SP; RE 211.207-SP). Já no STJ decidiu-se que tais registros não podem ser considerados como indicadores de maus antecedentes: HC 10.907-SC; ED – REsp 123.995-SP; RHC 7.262-RJ; REsp 167.369-RJ; RHC 7.997-SP. Não se pode reconhecer a existência de maus antecedentes pela prática de outros crimes que integram o crime continuado em julgamento: "Conflita com a ordem jurídica em vigor considerar-se para a majoração da pena-base, e sob o ângulo das circunstâncias judiciais, processos que desaguaram na conclusão sobre a continuidade delitiva" (STF, HC 76631-SP, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio).

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal.

A personalidade é formada pelo conjunto dos dados externos e internos que moldam um feitio de agir do réu, instrumental que ele herdou ou adquiriu e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida diária. Foi definida como "a organização dinâmica dos sistemas psicofísicos que determinam o ajustamento do indivíduo ao meio circundante". Quanto mais esse conjunto levou o réu a comportamentos reprováveis, tanto mais o crime é um reflexo dessa personalidade, que, por isso mesmo, deve sofrer um juízo negativo; é o que acontece quando a personalidade do autor revela tendências criminais.

"De modo geral, a personalidade refere-se ao modo relativamente constante e peculiar de perceber, pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo também habilidades, atitudes, crenças, emoções, desejos, o modo de comportar-se, inclusive os aspectos físicos do indivíduo, e de que forma todos esses aspectos se integram, organizam-se, conferindo peculiaridade e singularidade ao indivíduo." (...) "Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade. Na história pessoal, devemos considerar: os dados biopsicológicos herdados; o meio, isto é, condições ambientais, sociais e culturais nas quais o indivíduo se desenvolve; os dados adquiridos na interação hereditariedade-meio, as características e condições de funcionamento do indivíduo nessa interação." ("Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidade no art. 59 do CP", Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira, *Revista de Informação Legislativa*, p. 113). Dos mesmos autores, ainda colho as definições: "Temperamento: deve ser entendido como uma alusão aos aspectos da hereditariedade e da constituição fisiológica que interferem no ritmo individual, no grau de vitalidade ou emotividade dos indivíduos; Caráter: utilizado para designar aspectos morais dos indivíduos, bem como na referência a reações afetivas, ou, mais comumente, para designar aquilo que diferencia um indivíduo de outro, a marca

pessoal de alguém; Traço de personalidade: refere-se a uma característica duradoura da personalidade do indivíduo (ser reservado, ser bem-humorado etc.). Os traços são inferidos a partir do comportamento."

Os motivos são os fatores que animaram o agente a praticar o delito. Estão ligados à causa da conduta (agiu impelido pelo ódio à vítima) e nada dizem com a finalidade porventura perseguida (matou para encobrir a autoria de outro delito). Podem ser nobres ou vis, e dentro dessa régua de valores devem ser avaliados, contando ainda a sua intensidade para a determinação da ação.

As circunstâncias referem-se a todos os demais elementos que, como decorre da etimologia da palavra, cercaram o fato: de ordem externa (tempo, local, arma utilizada etc.) ou interna (relações com a vítima, finalidade etc.). A quantidade e a qualidade da droga apreendida são circunstâncias externas que devem ser consideradas sob esse título (HC 9242-RJ, rel. Min. Felix Fischer). Nessa fase, não devem ser consideradas as que depois atuarão como atenuantes, agravantes, causas de aumento ou de diminuição, privilegiadoras ou qualificadoras.

As conseqüências do crime podem variar substancialmente sem modificar a natureza do resultado, ainda que este integre o tipo. Sob esse tópico, é comum distinguir entre a tentativa de homicídio com lesão qualificada, que tem conseqüências graves, e a tentativa branca, quando o disparo não atinge a vítima, embora os dois crimes realizem o mesmo tipo e tenham os mesmos limites de pena; também o furto de pequena quantia de quem pouco possui, ou de quem necessitava do numerário para a aquisição de remédios etc.

A importância atribuída ao comportamento da vítima decorre dos estudos de vitimologia. É relevante para a apreciação de certos delitos, como os de lesão resultante de impulso provocado pelo agredido, os cometidos contra a honra, desde que não seja causa de não aplicação da pena (art. 140, § 1.°), contra o patrimônio de quem desleixa no cuidado de seus bens etc.

Com esses dados, o juiz iniciará o trabalho de aplicação da pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. No sistema brasileiro, pois, a pena tem dupla finalidade: serve para reprovar a conduta, censurando o seu autor mediante a imposição de uma sanção que, por isso, possui também o caráter de retribuição; serve para a prevenção do crime – tratando de proteger o bem jurídico a fim de que não se repita a agressão, seja a prevenção geral, exercida sobre os demais em razão da existência do processo e da imposição da pena, seja a prevenção especial, para atuar sobre o agente e impedir a sua reincidência. Há de ser necessária, porquanto se não o for, já não será uma pena justa, e suficiente, pois, com a insuficiência, o Estado se divorcia da sua finalidade.

É recorrente o debate doutrinário sobre os fins da pena. Jescheck, analisando a reforma da parte geral do Código Penal alemão (1975), registrou que "o fundamento da concepção do novo Direito Penal consiste em unir o fim da compensação da culpabilidade ao da influência especial-preventiva sobre o autor mediante a pena". Porém, para Roxin, autor do Projeto Alternativo, seria mais exato dizer que a proteção de bens jurídicos e a reincorporação do réu à comunidade jurídica

constituem o fim geral da pena, o que refletiria uma tendência do moderno Direito Penal, a ponto de autores afirmarem a exclusão da retribuição como fim da pena e a aceitação da prevenção geral e especial como seus únicos fins (Luzón Peña). Essa discussão não se põe no âmbito da dogmática penal brasileira, em que a reprovação fundada na culpabilidade e a prevenção como necessidade de proteção do bem jurídico estão claramente definidas como sendo o objetivo do trabalho judicial na fixação da pena. A lei, no entanto, não determina o grau de influência de cada uma dessas finalidades, permitindo ao intérprete entender que a tônica deve ser dada à prevenção, para a proteção dos bens jurídicos relevantes socialmente e, por isso, protegidos pela lei penal, atuando a culpabilidade como o marco limitador da sanção, pois a pena justa não pode passar do que decorre da reprovabilidade da conduta do autor; porém, a sanção só se explica como necessária à prevenção. Por isso é que a pena de prisão, a ser cumprida em presídios definidos pelo relatório da Comissão da Câmara dos Deputados, em 1975, como verdadeiras sucursais do inferno, e que de lá para cá somente se degradaram, constituindo-se em estabelecimentos abaixo do mínimo exigido pela dignidade humana, conforme diariamente nos mostram os noticiários da imprensa, a pena de prisão, dizia, somente está legitimada quando, autorizada pelo juízo de culpabilidade e dentro do seu limite, é socialmente útil, isto é, se a liberdade do agente constitui perigo real de grave ofensa à convivência em sociedade. Fora disso, a pena privativa de liberdade é desnecessária e, portanto, contrária ao disposto no art. 59 do CP.

As *circunstâncias legais* já estão definidas na lei, daí o nome, e podem estar na parte geral (circunstâncias legais genéricas), aplicáveis a qualquer delito, ou na parte especial (circunstâncias legais especiais), ligadas a um ou mais tipos de crime.

As circunstâncias genéricas são: agravantes, previstas nos arts. 61 e 62 (concurso de pessoas); atenuantes, nos arts. 65 e 66; causas de aumento, previstas no art. 29, § 2.° (participação dolosamente distinta), art. 70 (concurso formal); art. 71 (crime continuado); causas de diminuição, enumeradas no art. 14, parágrafo único (tentativa); art. 24, § 2.° (estado de necessidade); art. 26, parágrafo único (semi-imputabilidade); art. 28, § 2.° (embriaguez); art. 29, § 1.° (participação de menor importância).

As agravantes e atenuantes distinguem-se das causas de aumento ou de diminuição porque aquelas não têm prefixados os quantitativos de sua influência para a fixação da pena (a regra do art. 285 da Lei 4.737/65, Código Eleitoral, é uma exceção: "quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime"), ao passo que as causas de aumento ou diminuição atuam segundo critérios já determinados, por exemplo: o dobro, metade, ou dentro de certos limites de um a dois terços, de um sexto à metade etc. Enquanto as atenuantes e agravantes alteram a pena dentro dos limites mínimo e máximo, as causas de aumento ou diminuição podem levar a pena para além do máximo ou reduzi-la para aquém do mínimo.

Das agravantes, cabe referir a reincidência (art. 63). Nunca é demais acentuar que ela somente ocorre se o segundo fato é posterior ao trânsito em julgado da

sentença relativa ao fato anterior. Se o segundo fato é um crime e este está sendo objeto de julgamento, haverá a reincidência se a condenação anterior for por outro crime; se a infração em julgamento é uma contravenção, haverá reincidência se o fato anterior for uma contravenção ou um crime. A parte geral define apenas a reincidência e, em oposição a esse conceito, emprega-se o de não-reincidência. Na parte especial, há disposições mencionando o réu primário (art. 155, § 2.°). Réu não-reincidente é um conceito genérico, aplicável: a) ao réu primário, que nunca foi condenado anteriormente; b) ao réu já condenado por crime ou contravenção anterior, mas não de forma a caracterizar a reincidência, seja porque o segundo fato não foi posterior à sentença definitiva, seja porque o fato anterior era uma contravenção e o posterior, um crime; c) ao réu que retornou à primariedade após a caducidade do efeito da primitiva sentença condenatória, na forma do art. 64, I; d) ao réu anteriormente condenado por crime militar próprio ou político (art. 64, III); e) ao réu condenado na forma do art. 76 da Lei 9.099/95.

O réu não-reincidente goza de certos benefícios legais, como o de iniciar a execução da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto ou aberto; obter a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou pela pena de multa. O não-reincidente em crime doloso pode receber a substituição da pena (art. 44, II) e o *sursis* (art. 77, I).

A Lei 9.099/95 retirou qualquer efeito da condenação imposta ao réu, nos termos do art. 76, § 4.°. De outra parte, criou outro tipo de registro negativo, feito em razão da condenação na forma desse artigo, a qual deverá constar de certidão de antecedentes criminais extraída para o fim de ser examinada a possibilidade da aplicação do benefício do art. 76 (art. 76, § 2.°, II, e § 6.°).

As circunstâncias legais previstas na parte especial do Código são as qualificadoras, as causas de aumento e as de diminuição. As qualificadoras caracterizam-se por alterar os limites mínimo-máximo da pena cominada ao crime, formando um tipo derivado (ex.: arts. 121, § 2.°; 155, § 4.°), por isso mesmo consideradas para a classificação do crime. Em alguns casos, elas apenas modificam o limite máximo (arts. 180, § 4.°; 290, par. ún.).

As causas de aumento ou diminuição da parte geral devem sempre ser aplicadas, mas, havendo duas causas de aumento ou duas causas de diminuição na parte especial, o juiz pode aplicar apenas uma delas, a que mais influa no cálculo. Isso quer dizer que a aplicação é facultativa apenas quando houver duas causas de aumento ou duas de diminuição, ambas da parte especial (art. 68, par. ún.).

Certas circunstâncias da parte especial não qualificam o crime, nem aumentam ou diminuem a pena, mas determinam a aplicação de uma outra pena, como acontece nos casos dos arts. 302, par. ún., e 227, § 3.°, em que o fim de lucro impõe também a pena de multa.

A circunstância do § 1.° do art. 121 (homicídio privilegiado) é, na verdade, uma causa especial de diminuição da pena. A do § 2.° do art. 155 pode funcionar ou como causa especial de diminuição ou como regra especial de substituição da pena privativa de liberdade pela de multa.

III – Cálculo da pena

12. Feita a classificação do delito, com o emprego das elementares do crime e mais as circunstâncias qualificadoras incluídas em tipos derivados, deve o juiz escolher a pena aplicável, no caso de ser alternativa a cominação.

Em seguida, passará ao cálculo da pena, obedecendo ao método preconizado no art. 68: 1.º) pena-base, com as circunstâncias judiciais do art. 59; 2.º) pena provisória, com as circunstâncias agravantes e atenuantes da parte geral; 3.º) pena definitiva, com as causas de aumento ou de diminuição.

O método adotado é, sem dúvida, o trifásico (STJ – REsp 86097-SP), não podendo integrar o cálculo da primeira fase o fator que deveria ser considerado na segunda, ou na terceira (STJ – REsp 154815-RJ: "Circunstância a ser considerada na segunda etapa (atenuante) não pode integrar o cálculo da pena-base"; no mesmo sentido: HC 9404-PR; REsp 118878-RJ). A desobediência ao critério trifásico pode gerar nulidade (STJ – REsp 194218-MG). Se não existirem circunstâncias ou causas modificativas, a primeira fase já definirá a pena final.

A garantia constitucional da individualização exige a fundamentação de todas as opções decisórias do juiz na fixação da pena. Portanto, para estabelecer a pena-base, deve ele considerar cada uma das circunstâncias do art. 59, enumerando todas as que se encontrem presentes nos autos e sejam relevantes, explicitando o modo pelo qual se realizam no caso em julgamento e indicando os fatos reveladores. Isso não significa, porém, que esteja o juiz obrigado a analisar exaustivamente cada uma das circunstâncias previstas no art. 59, "bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem" (HC 70303-SP, 2.ª T., Min. Paulo Brossard). Não são admissíveis as fórmulas genéricas nem as conclusões sem embasamento nos fatos provados. O defeito na fundamentação da pena-base é irrelevante, se fixada no mínimo. Porém, se definida acima do mínimo, a jurisprudência se divide: a) pode ser reparado no julgamento pela segunda instância (STJ, REsp 197.071-CE, 6.ª T.: "Na espécie, com efeito, o juiz não explicitou as razões de fixar a pena-base acima do mínimo legal. A irregularidade não implica nulidade do julgamento; enseja, isso sim, tão-só, o Tribunal promover o ajuste normativo"); b) "Nula é a sentença condenatória que, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, não apresenta fundamentação baseada nas circunstâncias previstas no art. 59, CP" (HC 4544-PB, 5.ª T.).

A pena-base, se todos os fatores forem favoráveis ao réu, deve ficar no mínimo (STJ – HC 10425-RS, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer: "Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas, todas, favoráveis ao agente, carece de suporte jurídico o apenamento básico acima do mínimo legal"); se houver circunstância desfavorável, deve afastar-se daí (*RJTJRGS*, 104/159, 98/177). O que não se deve admitir é que o cálculo da pena-base já se inicie pelo termo médio, que corresponde à metade da soma do mínimo com o máximo. Conforme tendência jurisprudencial de todos os países, o cálculo da pena inicia-se próximo do mínimo, e não do máximo. É certo que para alguns fatos, cujas circunstâncias, embora apenas judiciais, revelem tão intensa gravidade, justifica-se pena aproximada do máximo. Mas isso é excepcional, pois o comum é reservar as dosagens

mais altas para os casos em que se fizerem presentes circunstâncias agravantes ou causas de aumento. De outra parte, a primariedade e os bons antecedentes podem justificar com suficiência a escolha do mínimo legal: "Réu primário e de bons antecedentes. Diante da vida pregressa irreprochável, o juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do condenado" (STF – HC 72842-MG, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio). No Rio Grande do Sul, magistrado de primeiro grau adota o seguinte critério para definir a pena-base: o máximo da pena-base corresponderá ao segundo termo médio, e a elevação do mínimo será feita na medida em que presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, por exemplo, na pena privativa de liberdade cominada em 1 a 3 anos de reclusão, o primeiro termo médio (metade da soma do mínimo com o máximo) é 2 anos; o segundo termo médio (metade da soma do mínimo de um ano com o termo médio de dois anos) é 1 ano e seis meses, ou dezoito meses. Esse será, em princípio, o máximo da pena-base, que será elevada a partir do mínimo na proporção em que houver circunstâncias judiciais desfavoráveis. O sistema é bom como critério orientador, desde que não passe de um simples guia, a ser abandonado sempre que o recomendar o caso concreto.

Quando a pena mínima cominada ao crime é também o limite para a concessão da substituição ou do *sursis*, o juiz deve ponderar se a circunstância desfavorável, determinante da possível elevação da pena acima do mínimo, é suficientemente grave para justificar a denegação do benefício. De resto, essa reflexão deve ser feita sempre que a atuação de qualquer circunstância implicar a incidência de outra regra, favorável ou desfavorável ao agente.

Para a pena-base, como já se viu, não são ponderados os fatores que integram o tipo básico ou derivado, nem os que vão atuar como agravante, atenuante, causas de aumento ou diminuição.

Ao definir o método a ser adotado pelo juiz para estabelecer a pena-base, o Prof. José Antonio Paganella Boschi sustenta a necessidade "imperiosa de redefinição do modo como influem as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP", cuja apreciação deve ser feita em um mesmo momento, pois o juiz, "após declarar o acusado culpável, no dispositivo, deverá graduar a culpabilidade, o que fará graduando os seus elementos constitutivos, valendo-se, como recurso auxiliar, dos fatores de influência aludidos pelo citado dispositivo legal: os antecedentes, a personalidade, a conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima". Para isso, propõe a seguinte redação ao art. 59 do CP: "O juiz, atendendo à culpabilidade do agente pelo fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis, dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos etc.".

Na apresentação que fiz do seu excelente livro *Das penas e seus critérios de aplicação*, assim comentei:

"Trata-se de uma nova perspectiva, que pode ser praticada ainda com a redação atual da lei, daí a importância da proposição, que exigirá reflexão de todos sobre os termos em que proposta. Não posso deixar de concordar com o acerto da

tese. Sendo a culpabilidade apurada por um juízo de censura sobre o agente, a pena-base será estabelecida considerando-se, em trabalho único, o conjunto de fatores que concorreram para aquela reprovação, nas circunstâncias objetivas e subjetivas do delito. É certo que a explicitação feita no art. 59, enumerando esses elementos, facilita o trabalho judicial e sua fundamentação, permitindo às partes o claro conhecimento das suas razões. Porém, a tese defendida neste livro permite a exata compreensão do conteúdo e do significado da fixação da pena-base, realçando a culpabilidade como o ponto central da atenção do juiz."

Na *segunda fase*, serão consideradas as agravantes e atenuantes. Se a pena-base já está no mínimo, a presença de uma atenuante não ocasiona nenhuma modificação, pois a atenuante não tem força de trazer a pena para aquém do limite cominado (STJ – REsp 156432-RS; REsp 146.056-RS). Por isso é que, se o juiz não considera uma atenuante já existente, a falha será irrelevante, pois a pena ficou no mínimo.

Sobre a possibilidade de a pena ser fixada abaixo do mínimo por força de uma atenuante, a jurisprudência tem-se inclinado maciçamente pela negativa (Súm. 231 – STJ; *RJTJRS* 189/63; 181/147). Uma atenuante, porém, quando se somar a circunstâncias judiciais todas favoráveis ao réu, não pode deixar de ser considerada pelo juiz, por uma exigência do princípio da lealdade. Refiro-me à atenuante do art. 65, III, *d*: "ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Feita a advertência pelo juiz, no interrogatório, de que a confissão espontânea será causa da atenuação da sua pena, o fato de o réu confessar a autoria do delito e assim fornecer elemento para a sua condenação (que poderia não acontecer à falta de outras provas) cria uma situação irreversível, a exigir do juiz – que usou da confissão para fundamentar a condenação – manter a promessa feita pela lei de que *sempre* seria atenuada a pena do réu que confessasse espontaneamente a autoria do delito. O princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema jurídico e exige de todos um comportamento leal, aplica-se também no âmbito do Direito Penal, a regular as relações do Estado com o réu no processo.

Havendo duas agravantes ou duas atenuantes, no mesmo sentido, ambas serão aplicadas sobre a pena-base (*RJTJRS* 103/174). No concurso entre agravantes e atenuantes, uma num sentido, outra em outro, será aplicada apenas uma, a circunstância preponderante, assim considerada aquela de natureza subjetiva que resultar dos motivos, da personalidade ou da reincidência (art. 67). A menoridade é uma circunstância prevalente sobre todas as outras, inclusive sobre a reincidência, devendo a pena, então, aproximar-se do limite indicado pela atenuante da menoridade. "Tem-se considerado, para isso, que o caráter incompleto, imaturo e débil do adolescente é mais sensível às provocações do mundo circundante e ele ainda não possui a plenitude da capacidade de motivar livremente a própria conduta, embora tenha a capacidade integral de compreender o lado ruim e ilícito das coisas. Em outros termos, dada sua imaturidade psíquica, ainda não dispõe do pleno domínio sobre os atos e fatos de sua conduta", na lição de Ladislau Fernando Röhnelt, o mais ilustre penalista gaúcho (*RJTJRS* 113/176). Se as duas circunstâncias em concurso forem preponderantes, ou se ambas forem não preponderantes,

elas se anulam, e a pena fica imodificada. Se duas circunstâncias se equivalem, uma terceira porventura existente é que determinará o sentido da modificação da pena. Não se leva em conta como agravante ou atenuante aquela que já figura como elementar do crime, como qualificadora ou como causa de aumento. Se houver duas qualificadoras, uma será considerada como judicial, pois a jurisprudência está negando a possibilidade de que uma delas seja usada como agravante, ainda que definida como tal (STJ – RHC 7176-MS). A lei, em geral, não fixa quantidades para a agravação ou a atenuação, o que fica ao prudente critério do juiz, parecendo conveniente atender, em princípio, para a proporção de 1/4 ou 1/5 da pena sobre a qual incide.

A terceira fase do cálculo utiliza as causas de aumento ou de diminuição, genéricas ou especiais. Primeiro, aplicam-se as causas de aumento, depois as de diminuição. O cálculo da primeira modificação é feito sobre a pena até ali encontrada, que tanto pode ser a pena-base (se não houver agravantes ou atenuantes) como a pena provisória (resultante da aplicação das atenuantes ou agravantes, na segunda fase). Havendo uma segunda causa de aumento ou de diminuição, o cálculo é feito sobre a última pena, já alterada por influência da anterior causa de aumento ou de diminuição. Assim, se a pena-base é de dois anos, com a agravante, a pena provisória passou para dois anos e seis meses (trinta meses); a causa de aumento, de um terço, elevou-a para quarenta meses, e a causa de diminuição, de metade, a trouxe para vinte meses (isto é, metade da última pena até ali encontrada). Se houvesse uma nova causa de diminuição, deveria ser calculada sobre os últimos vinte meses. Este é o sistema em cascata, que leva em conta sempre a última pena encontrada.

As causas de aumento decorrentes do sistema da exasperação (toma-se a pena mais grave e sobre esta incide a causa de aumento), que regula a aplicação das penas no concurso formal (art. 70) e no crime continuado (art. 71), devem ser aplicadas depois de calculada integralmente a pena correspondente ao fato mais grave do concurso ou da continuação. Estabelecido qual dentre eles é o mais grave, a pena referente a ele será calculada de acordo com todas as fases previstas no art. 68, com as causas de aumento ou de diminuição porventura existentes. Depois de encerrado esse trabalho, será feito o aumento decorrente da continuação, ou do concurso formal. Assim, no caso de dois furtos noturnos tentados, em continuação, será aplicada a causa de aumento de um terço (art. 155, § 1.º), a diminuidora de um a dois terços, pela tentativa, e finalmente a causa de aumento pela continuação. No concurso formal ou no crime continuado, resultando prejuízo para o réu em conseqüência da aplicação do sistema da exasperação, utiliza-se o sistema do cúmulo material, com a soma das penas. Por exemplo: latrocínio em concurso com lesão leve.

Ao escolher o peso das modificadoras, previstas dentro de certos índices ou percentuais, o juiz deve fundamentar a escolha; no crime continuado, dará atenção ao número de fatos (HC 9642-MS; HC 10.444-MG); na tentativa, ao *iter criminis* percorrido pelo agente (STF – HC 77150-SP; *RJTJRS* 187/130) e ao resultado danoso da sua ação.

A pena definitiva é o resultado desse trabalho; poderá ser substituída por restritiva de direito ou por multa, ou ter sua execução suspensa condicional-

mente, situações que devem ser enfrentadas na sentença sempre que presentes os requisitos objetivos (quantidade da pena ou natureza do crime). Para a pena privativa de liberdade deve haver, de logo, a fixação do regime inicial de cumprimento, ainda que ela venha a ser substituída, pois se pode dar a conversão (art. 45).

Por fim, vale lembrar a lição do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: o trabalho dogmático de aplicação da pena não se esgota na singela obediência aos preceitos legais brevemente enumerados neste trabalho; é, principalmente, "uma operação de realização do Direito". A conclusão a que chega o juiz, com a pena definitiva, deve ser a expressão da justiça do caso, para o que o cumprimento da técnica ordenada pela lei serve apenas como instrumento da realização dessa finalidade. A pena, dizia o Des. Telmo Jobim, que durante anos orientou a jurisprudência criminal no Rio Grande do Sul, deve ser pensada a partir da cumeeira.

3. CRIMINOLOGIA

3.1

CASA DE DETENÇÃO DE SÃO PAULO – PASSADO E PRESENTE

FERNANDO SALLA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A encruzilhada – 3. Massacre – 4. Observadores – Bibliografia.

Resumo: O presente texto apresenta os principais momentos que marcaram a emergência e a presença da Casa de Detenção de São Paulo, no âmbito das políticas de segurança do Estado. Apresenta os aspectos mais gerais que caracterizaram seu funcionamento a partir da década de 70. Comenta a ocorrência do massacre de 111 presos em 1992.

Palavras-chave: Prisão – Prisioneiros – Direitos Humanos – Políticas Públicas – Segurança Pública – Penitenciária.

1. Introdução

A Casa de Detenção de São Paulo, desde a década de 70, tornou-se um ícone sinistro no mundo das prisões brasileiras. A partir do inicio dos anos 70, passou a concentrar uma população sempre superior a 5 mil encarcerados, chegando, por vezes, a ter acima de 7 mil, apesar de suas vagas nunca terem sido mais de 3 mil e duzentas. A esse gigantismo, foi correspondendo a deterioração das condições físicas do presídio e a violência cada vez mais presente. Passou a representar a Casa de Detenção, então, o que de mais anacrônico e perverso pôde a sociedade brasileira gerar, para lidar com seus rebentos que enveredam pelo crime.

Vez por outra, o transbordamento, para além das muralhas, dos cenários lá existentes com os seus dramas e tragédias vividos, as atrocidades perpetradas, as arbitrariedades praticadas, a corrupção ali impregnada, proporcionou e ainda proporciona ao público a certeza do fracasso da prisão como instrumento de reparação do crime e de reforma dos indivíduos. Ao mesmo tempo, provoca perplexidade e desesperança em face dos desafios que a mecânica dos crimes e das penas colocam.

Manchetes bombásticas nos jornais, reportagens reveladoras, rebeliões sangrentas atraíram com regularidade a atenção da opinião pública para a Casa de Detenção de São Paulo. Inúmeras câmaras de televisão mostraram os largos corredores de pavilhões descascados e sujos, as celas sempre abarrotadas de coisas e de pessoas, os pátios áridos, as oficinas de trabalho dissimuladas, os olhares es-

quivos e desconfiados. Nada parece demover os palcos e cenários ali existentes. E mesmo sob os mais contundentes ataques e denúncias, a Casa de Detenção atravessa os anos sem alterações expressivas no seu modo de funcionar.

A execução de 111 presos pela Polícia Militar, em outubro de 1992, foi o ápice da ignomínia. O amontoado de cadáveres nus revelou a montanha da incapacidade de sucessivos governos e governantes para lidarem com os desafios do mundo da prisão. As poças de sangue inundaram as consciências prostradas e imóveis dos que ficavam e ficam indiferentes ao destino de milhares de miseráveis que habitam as prisões. As barbáries tecidas naqueles lúgubres corredores, naquelas celas imundas, naqueles pátios desérticos tornaram-se pálidas diante daquela ação. A mesquinharia e perversidade de homens presos e embrutecidos tornaram-se igualmente pífias diante da covardia e truculência dos que se utilizaram da posição de mando para aplacar a sede de todos que buscam uma justificativa para o ódio.

Depois disso, as vísceras se tornaram ainda mais expostas. A Casa de Detenção, moribunda, parecia ter um fim quando se cogitou a sua desativação logo depois do massacre. Transformada em entulho, seria sepultada sem qualquer recordação. Não haveria carpideiras. Mas o cadáver insepulto foi costurado, as vísceras ocultadas. Revive. Sobrevivem todas as incertezas e todos os desafios. Quem sabe, novas e novas histórias sem fim podem começar a ser contadas...

2. A encruzilhada

O primeiro pavilhão da Casa de Detenção no Carandiru, próximo à Penitenciária do Estado, foi inaugurado no dia 11 de setembro de 1956. Fazia parte de um grande investimento do governo do Estado para ampliar a base física do sistema penitenciário, além de responder a antigas demandas em relação ao setor (Fisher e Abreu, 1987). Até essa data, a Casa de Detenção funcionava na Avenida Tiradentes, em antiga construção feita no século passado.

A história da Casa de Detenção de São Paulo se encaixa no que poderíamos chamar "política da ambigüidade" que as autoridades sempre mantiveram no Brasil com relação às prisões. Ao longo dos séculos XIX e XX, aspectos básicos do encarceramento foram negligenciados na maior parte dos locais usados para tal fim – sobretudo nas cadeias e delegacias. Ao mesmo tempo, alguns estabelecimentos foram criados como modelares, como símbolos destinados a ofuscar as mazelas da degradação das demais prisões.

No século passado, enquanto a maior parte dos acusados e condenados do país permanecia trancafiada em cadeias completamente inadequadas por exigências do Código Criminal do Império, de 1830, muitas delas remanescentes do mundo colonial, São Paulo e o Rio de Janeiro, então a sede da Corte, construíram cada qual a sua Casa de Correção, em funcionamento desde meados do século passado. Esses estabelecimentos eram adaptados às exigências do Código, com celas individuais, oficinas de trabalho, programas de educação. Mas eram limitados e estavam muito aquém das reais necessidades de vagas para todos os conde-

nados à pena de prisão com trabalho, como determinava o Código de 1830 (Salla, 1999). O que significava que condenados cumpriam essa e outras penas em qualquer outro estabelecimento não devidamente organizado para tanto.

Quando em 1920 foi inaugurada a Penitenciária do Estado, em São Paulo, era tida como instituição modelar com 1.200 celas individuais, oficinas e espaços adequados para o que pretendia o novo Código Penal republicano de 1890. Mas novamente a história se repetiria, centenas de presos provisórios e condenados encontravam as mais adversas e precárias condições de encarceramento nas delegacias de polícia e cadeias por todo o Estado. Mas, para as elites que dirigiam São Paulo, um estabelecimento modelar seria a prova de que o Estado acompanhava o grau de "civilização" dos países mais avançados daquele período.

Já na década de 30, Magarinos Torres, diretor da *Revista de Direito Penal,* do Rio de Janeiro, pertencente à Sociedade Brasileira de Criminologia, considerava que o maior problema do país com relação às prisões não era efetivamente a necessidade de terem os Estados e o Distrito Federal cada qual a sua penitenciária modelo como a possuía São Paulo. O problema principal, para ele, era o das cadeias que por todo o Brasil, inclusive São Paulo, apresentavam um espetáculo doloroso pelas condições precárias dos prédios e suas instalações e pela falta de assistência de qualquer tipo ao preso, onde era freqüente o empilhamento de criminosos em espaços insuficientes. Os presos acabavam cumprindo em tais locais suas penas sem qualquer condição razoável. De tal forma que era apenas uma minoria dos presos do país que poderia gozar de condições satisfatórias de encarceramento numa penitenciária modelo como a de São Paulo (Torres, 1938).

A nova Casa de Detenção, no Carandiru, foi concebida como um presídio que juntamente com os Institutos Penais Agrícolas de Bauru, Itapetininga e São José do Rio Preto, criados também na década de 50, iriam colocar o Estado de São Paulo novamente na vanguarda das iniciativas em matéria penitenciária no país. Dessa forma, o primeiro pavilhão inaugurado em 1956 tinha celas individuais com o intuito de combater a promiscuidade e a "escola do vício" que se apontava com freqüência na antiga Casa de Detenção, na Avenida Tiradentes. Era destinado ao recolhimento dos réus que estavam à disposição da justiça, ainda não condenados, e daqueles que estavam cumprindo pena de detenção. Essa dupla função atribuída à Casa de Detenção foi na época criticada *(O Estado de S. Paulo,* de 11.09.1956) por estar em conflito com o que dispunha a legislação penal. Pessoas condenadas à pena de detenção deveriam cumprir pena em estabelecimento penitenciário ou na ausência deste, em seção especial de prisão comum. Uma vez que o Código permitia o trabalho remunerado, as críticas surgiram porque no pavilhão inaugurado não havia espaços próprios para o trabalho.

Em meados da década de 60, novamente as condições de encarceramento se encontravam numa situação crítica, com grande acúmulo de presos nos estabelecimentos, gerando pressões para que novas vagas fossem abertas. Isso se refletiu diretamente na Casa de Detenção de São Paulo. Muitas celas individuais ali existentes foram demolidas e transformadas em celas coletivas para abrigar um nú-

mero maior de presos. Foram inauguradas, em 1965, 132 celas coletivas no pavilhão 8. Nesse mesmo ano, a população feminina que ocupava o pavilhão 2 foi transferida para a velha Casa de Detenção da Avenida Tiradentes (Silveira, 1965:395).[1]

A reforma de meados da década de 60, quando parte das celas individuais cedeu lugar para as coletivas, indicava claramente que a Casa de Detenção estava desempenhando um papel cada vez mais central no recolhimento de presos provisórios no âmbito da cidade e, por deficiências da estrutura penitenciária, um papel igualmente relevante na manutenção dos presos já condenados. Segundo o jornalista Percival de Souza (s.d.), em janeiro de 1964, a Casa de Detenção já tinha uma população de 2.103 presos. Em janeiro de 1969, portanto cinco anos depois, o número de presos era de 3.233, ou seja, a população encarcerada ali havia aumentado em torno de 50%. Em setembro de 1972, a Casa de Detenção passou a abrigar 5.002 homens. Em 1976, tinha 6 mil (Souza, s.d.). Esse número de presos recolhidos na Casa de Detenção no início da década de 70 correspondia a cerca de 40% dos presos já condenados existentes no Estado de São Paulo (dados do Anuário Estatístico do IBGE, citados por Fisher eAbreu, 1987:81).

Apenas 1.900 presos trabalhavam, os mais de 4.000 presos restantes, especialmente os dos pavilhões 8 e 9, ficavam na ociosidade. Em 1973, cerca de 2.200 presos estavam ali por roubo e furto, apenas 445 por tráfico ou uso de drogas e 246 por homicídio, o que corresponde, em relação aos 5 mil presos, a 44%, 8,9% e 4,9% respectivamente (Souza, s.d.). Naquele ano, apenas 1.380 presos, 27,6% do total, estavam condenados, enquanto pesquisa realizada pelo *Datafolha* mostrou que, em 1991, a Casa de Detenção tinha 91% de seus presos já condenados.

3. Massacre

Na década de 80, duas grandes rebeliões marcaram a vida do presídio, uma em março de 1982 e outra em março de 1985. Impossível não estabelecer qualquer relação entre o crescimento vertiginoso da população ali encarcerada e a deterioração das condições físicas, além de inúmeros outros problemas que foram se avolumando, como a ausência de assistência social e médica, o crescimento da corrupção e principalmente as deficiências na assistência judiciária. A rebelião de 1982 teve o próprio diretor e algumas pessoas visitantes como reféns. A violenta repressão ao motim provocou a morte de 16 pessoas, 13 presos, dois

(1) Cabe lembrar que já existiam para as mulheres condenadas o Presidio Feminino do Carandiru, criado em 1941, como seção da Penitenciária do Estado, e a Penitenciária Feminina de Tremembé. inaugurada em 1963. Ambas eram dirigidas por religiosas da Congregação Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor de Angers. Desde 1963 a Penitenciária de Trernembé era utilizada para os dois primeiros estágios da pena. enquanto o presídio Feminino do Carandiru destinava-se ao terceiro estágio da pena, isto é como colônia penal ou regime dc semiliberdade (Silveira, 1965:394-395).

funcionários e um refém. A rebelião de 1985 envolveu mais de três mil presos da Casa de Detenção, no entanto, as negociações impediram que o movimento tivesse solução sangrenta (Góes, 1991).

Porém, sem dúvida alguma, o acontecimento mais trágico da história da Casa de Detenção foi o massacre de 111 presos no dia 02.10.1992. Colocou os demais no esquecimento. Em todos os anos de existência da Casa de Detenção, seu cotidiano foi infatigavelmente marcado por dramas sufocados, por perversidades revoltantes, por tragédias sangrentas, por mortes silenciosas, por tramas sórdidas. Grupos e indivíduos podem ter sido os atores principais ou então as testemunhas emudecidas, cegas, as vozes que não se propagaram. Estupros bárbaros, rixas violentas, o "xuxo" certeiro, a vingança que estrangula, os punhos que esmurram provocaram sempre gritos de dor que ficaram gravados nas paredes e nas memórias, nas grades e nos ecos apavorantes dos corredores imóveis. Tragédias sem par. Mas viraram faíscas dispersas no tempo. Perderam-se e se perdem ainda no abismo da existência dos indivíduos.

Um conflito generalizado entre os presos se instalou, mas não fizera reféns. Tornou a situação no interior da Casa de Detenção tensa, como outras tantas centenas de vezes suas paredes já haviam testemunhado. Muitos outros motins, anteriores e posteriores a esse, tiveram solução através da negociação, sem banhos de sangue. Tais motins mostraram que a arte de negociar é ainda pouco conhecida de nossas autoridades policiais e governamentais em geral. A intervenção da Polícia Militar, "para controlar a situação" redundou na morte de 111 presos. Laudos, depoimentos e fotos desnudaram os fatos: execução.

O que aconteceu na Casa de Detenção lavrou uma sentença de incompetência para as autoridades e de profunda malevolência. Embora o caso tenha sido apresentado à Comissão Interamenricana de Direitos Humanos da OEA, e tenha tido uma enorme repercussão local e internacional, a justiça brasileira não conseguiu punir ninguém, até o momento, pelas mortes. Ao mesmo tempo, as promessas do governo para a desativação da Casa de Detenção mobilizaram as atenções, geraram recursos para a construção de novas penitenciárias mas não passaram de intenções assumidamente descartadas no momento atual.

Desde 1995, foram inauguradas mais de 20 mil vagas no sistema penitenciário e mesmo assim os números mostram que a população da Casa de Detenção não parou de subir ou se manteve em elevados patamares em relação à sua capacidade. O jornal *O Estado de S. Paulo,* de 04.06.2000, citava dados da Secretaria da Administração Penitenciária que indicavam a existência de 7.418 presos na Casa de Detenção. Números que falam por si e tornam distantes as chances de uma desativação a curto prazo.

Dessa forma, os constantes esforços de construção de novas cadeias e estabelecimentos penitenciários não têm sido capazes de minimizar o problema de milhares de presos provisórios, aguardando julgamento ou de presos condenados que têm que se submeter às condições mais aviltantes da dignidade humana. Reproduz, portanto, mais imediatamente o que vem sendo uma constante de nossa história, nos últimos duzentos anos: tivemos mais a preocupação em apresentar manifestações de nossa "modernidade" e capacidade de seguir os exemplos de-

senvolvidos em outros países, do que contornar os problemas mais imediatos e constantes de nossa realidade que acabavam indo para debaixo do tapete. Essa é nossa política penitenciária que talvez encontre ecos em tantos outros setores da sociedade brasileira.

Não fosse pelo massacre dos 111, mas tão-somente pelo razoável entendimento que um presídio com cerca de 7.000 presos é uma completa insanidade sob qualquer ponto de vista, a Casa de Detenção deveria ser desativada. Se é verdade que as prisões submetem os indivíduos a um ritual de aprofundamento de sua vida no crime, é motivo de muita preocupação quando o número de presos cresce no país aceleradamente. Pois ao criarmos mais prisões, criamos mais e mais espaços onde indivíduos que começam no crime têm a possibilidade de uma carreira "promissora". Quanto mais as prisões são deterioradas fisicamente, mais desprovidas de condições mínimas de dignidade para os encarcerados, mais teremos a certeza de que brutalizamos esses desafortunados e retiramos de seu horizonte um pouco de humanidade, um facho de luz que serviria para indicar uma nova forma de vida. Os rancorosos que querem ver esses malfadados indivíduos submetidos às mais torpes condições de existência – como aquelas que vemos há anos na Casa de Detenção – não querem entender que maltratar e torturar não é algo apenas criminoso em si mesmo, mas é algo que alimenta a injustiça que abertamente se pratica contra os segmentos pobres da população. E mais, é algo que estreita e amesquinha os caminhos futuros.

4. Observadores

Não é possível falar da Casa de Detenção de São Paulo sem mencionar pelo menos três autores que produziram obras integralmente dedicadas a ela: Percival de Souza (s.d.), José Ricardo Ramalho (1979) e Drauzio Varella (1999). A eles cabe juntar Neninho de Obaluaê (1999) que dedica parte de seu relato à Casa de Detenção. Todos eles têm motivações distintas para escrever suas obras. Cada um a seu modo cristalizou nelas o testemunho de seu olhar e da sua experiência naquele mundo. Cada um "fotografou" a situação da Casa de Detenção em diferentes momentos de sua história. Ao lado desses autores, outros tantos escreveram sobre ela em jornais e revistas. Parlamentares elevaram suas vozes na tribuna para chamar a atenção para aquela desconcertante cidade encravada geograficamente na cidade, enraizada nas longínquas profundezas de um pântano que é o complexo carcerário do país.

Aqueles quatro autores mostraram, com estilos diferentes, em momentos distintos que a Casa de Detenção é um grande símbolo de nossas prisões. Ler cada página de suas obras nos confirma incessantemente o fato: nossas prisões são povoadas pelos miseráveis e só pelos miseráveis. A Casa de Detenção torna isso visível. Estão lá os delinqüentes miúdos, varejistas, camelôs barulhentos e inescrupulosos num mercado onde transações financeiras fraudulentas escorregam silenciosamente pelo mundo virtual e saltam as fronteiras para paraísos inatingíveis para os humanóides; num mercado onde o contrabando sustenta organizações sólidas e tradicionais internacionalmente; num mercado onde os grandes

agenciadores dos negócios relacionados ao tráfico de drogas são por demais visíveis para que sejam notados; num mercado enfim no qual as relações de amizade com governantes, legisladores, juízes, são decisivas para autoproteção nos negócios. Mesmo os chamados "grandes assaltantes de banco", os "grandes traficantes", enfim, os grandes criminosos que são mantidos nas prisões brasileiras são provenientes, invariavelmente, das camadas pobres da população. Os raríssimos membros das classe média alta e da classe empresarial têm uma participação imperceptível nas cifras da população encarcerada brasileira.

O pioneiro olhar do mundo acadêmico que se constitui o livro de José Ricardo Ramalho ganha nova dimensão, nesse sentido, e não perde sua atualidade. O que se tem na Casa de Detenção é a face visível de uma delinqüência sobre a qual recai com força e determinação o peso da justiça criminal. Outras ilegalidades são dificilmente alvo de tão drásticos investimentos. Ilegalidades de determinadas camadas sociais se tornam uma estética, mas as ilegalidades das camadas pobres são caminhos sinuosos que têm como destino certo a prisão. Importantes autores contemporâneos como Nus Christie, Loïc Wacquant e Zigmunt Bauman nos remetem à reflexão sobre a criminalização da miséria como uma das facetas mais brutais das últimas décadas, onde o Estado recusa-se a prover as condições mais elementares da existência de milhões de indivíduos mas se arma e se mobiliza para reprimir e encarcerar os excluídos das benesses do mundo globalizado.

Por este breve esboço de alguns momentos da história da Casa de Detenção fica a hipótese, para trabalhos futuros, de que o drama das prisões brasileiras, as mais graves violações de direitos humanos, as mais aviltantes transgressões à dignidade da pessoa humana estejam concentradas nos estabelecimentos (delegacias e cadeias) que mantêm os presos em flagrante, os que são provisórios, os que aguardam julgamento e os que acabam ficando ali cumprindo pena por falta de vagas em estabelecimento adequado. Isso não significa que os estabelecimentos penitenciários sejam suficientes, adequados e bem organizados. Não significa que não tenham cenários incontáveis de terror e de violação aos direitos humanos. Mas significa dizer que o drama maior, hoje como no passado, distante ou mais próximo, parece estar concentrado nessa "porta de entrada", que acaba se tornando um longo corredor que conduz aos mais labirínticos e sórdidos caminhos por onde se perdem milhares de existências.

Bibliografia

DATAFOLHA. *A Casa de Detenção de São Paulo.* São Paulo : Datafolha, mimeo, 1991.

FISHER, Rosa Maria e ABREU, Sérgio França Adorno. "Análise do sistema penitenciário do Estado de São Paulo: o gerenciamemo da marginalidade social". São Paulo, Relatório de Pesquisa CEDEC, 1987.

GÓES, Eda Maria. "A recusa das grades: rebeliões nos presídios paulistas, 1982-1986". Dissertação de Mestrado em História, Assis, UNESP, 1991.

OBALUAÊ, Neninho de. *Beco sem saída: eu vivi no Carandiru.* Rio de Janeiro : Rosa dos Tempos, 1999.

RAMALHO, José Ricardo. *O mundo do crime. A ordem pelo avesso.* Rio de Janeiro : Graal, 1979.

ROCHA, Ubirajara. *A face trágica das prisões: ensaios de penalogia.* São Paulo : Serviço Gráfico da Secretaria da Segurança Pública, 1968.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo, 1822-1940.* São Paulo : Annablume-Fapesp, 1999.

SILVEIRA, Alípio. *Os estabelecimentos penais e o juízo das execuções criminais.* São Paulo : Sugestões Literárias, 1965.

SOUZA, Percival de (s.d.). *A prisão: história dos homens que vivem no maior presídio do mundo.* 2. ed. São Paulo : Alfa-Ômega,

TORRES, Magarinos. "Penitenciária modelo?". *Revista de Direito Penal,* 20(2): 181-187, 1938.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru.* São Paulo : Cia. das Letras, 1999.

3.2

OBSTÁCULOS NA CORRIDA DE REVEZAMENTO – Observações sobre a prática penal brasileira*

LAURA D. VON MANDACH

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os principais atores do processo penal brasileiro – 3. A procura de um processo penal justo e eficiente – 4. A atualidade do pensamento inquisitorial – 5. Duas culturas de direito penal – 6. O sistema de dupla instrução – 7. A distância social entre a polícia civil e Ministério Público – 8. Conclusão – Bibliografia.

Resumo: Este artigo visa tratar de alguns aspectos da prática penal brasileira, à luz da discussão sobre o processo penal. Destacando a diferença de sentidos entre os juristas sociais, analisa-se o conceito de "inquisitorial" e os papéis desempenhados pela Polícia Civil e pelo Ministério Público para construir o argumento que o modelo de dupla inserção termina por ter um caráter ambíguo e acaba por permitir a reprodução da aplicação desigual do direito e da violência, em termos de condições socioeconômicas e demográficas.

Palavras-chave: Processo penal – Gestão policial e de Justiça – Prática penal – Procedimento inquisitorial.

1. Introdução

Neste trabalho, apresento algumas observações introdutórias sobre o processo penal e trato de alguns aspectos da prática penal brasileira. Aspectos importantes, tanto no que se refere à questão da gestão de uma polícia e justiça de acordo com os direitos humanos, quanto à questão de como a sociedade trata o problema da criminalidade, incluindo o comportamento desviante de atores estatais responsáveis pelo processo penal.

Toda sociedade complexa tem seu próprio processo penal, que outorga aos distintos atores estatais suas respectivas atribuições quanto à investigação, à acusação e ao julgamento. Fora a distribuição das respectivas tarefas entre as distintas autoridades do processo penal (entre outras, polícia, promotores e juízes), cada modelo processual estabelece quais são os procedimentos e momentos que

(*) XXII Reunião da Associação Brasileira de Antropologia – Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção de Verdades no Espaço Público em uma Perspectiva Comparada.

correspondem as tarefas determinadas. O modelo estipula, por exemplo, em quais momentos se interroga o acusado e qual agente estatal lhe formula as perguntas.

No Brasil o indiciado e o acusado somente são interrogados por representantes da polícia judiciária e pelo juiz – o promotor não participa do interrogatório. (O conteúdo e a seqüência das perguntas do interrogatório estão estipuladas detalhadamente no Código de Processo Penal, que tem validade em todo o país.) (v. CPP, 1941).

2. Os principais atores do processo penal brasileiro

Imaginemos todo o processo penal brasileiro, do delito até o julgamento. Em seu transcurso, sucessivamente, aparecerão quatro atores principais de acordo com seus papéis dentro do processo penal. Visualizado como uma "corrida de revezamento", veríamos como primeiro corredor a Polícia Militar.[1] Estando ou não seus agentes envolvidos no delito, os policiais relatam a ocorrência à polícia civil. Na delegacia, é dado seguimento à investigação e, dentro do tempo regulamentado, seus agentes remetem o inquérito ao Fórum. No Tribunal, os funcionários do cartório, responsáveis pela administração dos inquéritos e dos processos, repassam o inquérito ao juiz. Finalmente, após este ter firmado os autos, o caso chega à mesa do promotor encarregado. No Rio de Janeiro, este trâmite pode durar até três meses.

Depois de examinar o inquérito policial, o promotor – devido a relevância de sua atuação identificado como o terceiro corredor dessa etapa processual – decide se vai apresentar uma denúncia ou não. Em caso afirmativo, a ação penal se inicia com a interrogação do acusado pelo juiz. Em geral, é neste momento que o promotor vê e ouve o acusado, a pessoa contra a qual elaborou a denúncia, pela primeira vez. As sessões judiciais são presididas pelo "quarto corredor", o juiz, e, com sua sentença, "a corrida de revezamento" chega a sua primeira meta – a não ser que se trate de um assassinato, casos que requerem um tribunal de júri e são concluídos com o veredicto dos jurados.

3. A procura de um processo penal justo e eficiente

Em um estado de direito moderno, o processo penal ideal há de garantir os princípios de eficiência, de segurança jurídica e de igualdade perante a lei. Os atores do processo penal – os policiais, promotores e juizes – devem

(1) Devido os agentes da Polícia Militar estarem mais ostensivamente presentes no espaço público, são seus representantes que defrontam mais freqüentemente com situações de delito, não excluindo entretanto a possibilidade de outras polícias ocuparem esta posição inicial no desenvolvimento do processo.

ter suas responsabilidades bem definidas; o ideal seria que seus trabalhos se baseassem na cooperação entre as distintas instituições. Em geral, deveria ser possível o cumprimento de suas atribuições de acordo com as estruturas oficiais e os trâmites legais. Caso os atores estatais não procedam segundo este modelo, o processo penal será ineficiente; a morosidade dos processos terá como conseqüência a impunidade; "a corrida de revezamentos" será obstruída. Tal caso aumentará a tendência de recorrer-se a relações personalizadas e a métodos informais. Além disso, os recursos estatais tenderão a serem usados de forma particularizada. A lei será aplicada pelos operadores do sistema de forma mais desigual, discriminando ou privilegiando determinados indivíduos e grupos.

É delicado comparar diferentes modelos de processo penal no que diz respeito à eficiência e à imparcialidade do sistema em uso. Ao criticar um processo, o modelo analisado é freqüentemente isolado de seu contexto social e, em numerosos casos, argumenta-se a partir de um modelo alheio ao estudado. Baseando-nos em estudos históricos e de direito comparado, é entretanto possível identificar modelos distintos de processos penais. Em geral, distinguem-se os sistemas inquisitorial, inquisitivo e o acusatório. O sistema inquisitorial se caracteriza por ter uma única pessoa encarregada de efetuar as investigações, a acusação e o julgamento. No caso do sistema inquisitivo, o acusador é uma figura independente, sendo que o juiz detem um papel ativo e dominante. Por último, no sistema acusatório, o juiz tem um papel passivo. O sentido da passividade do juiz é a garantia da igualdade das partes, dos promotores e da defesa (Salas, 1992; Kant de Lima, 1995; Ambos, 1998).

4. A atualidade do pensamento inquisitorial

Entre os juristas e os cientistas sociais o conceito "inquisitorial" é controvertido, o que resulta em mal-entendidos. Os juristas entendem por inquisitorial uma instrução unilateral e sigilosa. Nas ciências sociais a inquisitorialidade não fica restrita a procedimentos, mas abrange toda uma visão de mundo. Valores inquisitoriais baseiam-se em uma moral religiosa que julga todos os membros da sociedade passíveis de cometerem *pecados*. Segundo esta lógica, as pessoas se comportariam mal todas as vezes que lhes fosse oferecida uma oportunidade. Neste sentido mais amplo, a polícia e a justiça são inquisitoriais quando seus agentes, sistematicamente, suspeitam das pessoas inquiridas, tratam-nas como culpadas, inclusive ameaçando ou até chegando a aplicar a força para arrancar-lhes informações ou uma confissão.

Nas investigações policiais inquisitoriais, opiniões técnicas e inspeções do lugar do crime ocupam um lugar secundário diante de declarações pessoais. Pessoas suspeitas ou acusadas muitas vezes são condenadas prematuramente como também são castigadas durante o processo penal pela sua suposta delinqüência. O estilo de investigação da polícia judiciária no Brasil, a Policia Civil, é descrita como inquisitorial em todos os estudos científicos a respeito da polícia brasileira (Kant de Lima, 1995; Paixão, 1982).

5. Duas culturas de direito penal

Comparando os modelos de processo penal da Europa e da América Latina com os que regem os Estados Unidos e a Grã Bretanha, pode-se distinguir claramente duas culturas de direito penal. Existe o modelo de processo penal que segue a *civil law tradition*. Este modelo corresponde ao que se aplica na Alemanha, na França, no Brasil e em todos os demais países da América Latina. Sistemas que seguem esta tradição requerem um alto grau de regulamentação. Os agentes policiais e judiciais hão de ater-se, basicamente, ao texto da lei, especialmente ao respectivo Código de Processo Penal.

Os países anglo-saxões, em contrapartida, seguem a tradição da *common* ou *case law tradition*. Nestes países a jurisprudência se constrói em nível local e se orienta pelo direito consuetudinário. Segundo Salas (1992), um estudioso de direito comparado, o modelo de processo penal anglo-saxão é o que mais se aproxima do sistema acusatório, enquanto os modelos centro-europeus e latino-americanos misturam elementos acusatórios, inquisitivos e inquisitoriais.

É primordial identificarmos as diferentes características dos três sistemas processuais quando tratamos de reformas do sistema policial e judicial na América Latina. Uma reforma no sentido de um reforço do sistema acusatório, por exemplo, conseguiria limitar a autonomia da polícia judiciária e os poderes dos juízes, porém, eventualmente, poderia ampliar a margem de ação de um promotor com mentalidade inquisitorial. Neste sentido o processo penal não ganharia mais conformidade com os direitos humanos.

Ainda seguindo o exemplo acima elaborado em um sistema acusatório, um promotor com uma atuação inquisitorial tenderá a centralizar o poder em suas mãos, priorizando sempre seu papel de acusador, objetivando condenar as pessoas incriminadas. Além de que, independentemente do lugar onde a mentalidade inquisitorial – caracterizada pela desconfiança – se manifeste, ela sempre representará um obstáculo para as tentativas de reforma, uma vez que seu sucesso exige o estabelecimento de confiança entre todos os atores sociais envolvidos.

6. O sistema de dupla instrução

No caso brasileiro, segundo os estudiosos do direito, que se baseiam na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal de 1941, o modelo de processo penal brasileiro representa um sistema acusatório. A este se precede um procedimento administrativo inquisitorial (Gomes, 1997). Este sistema, chamado de *sistema de dupla instrução*, se caracteriza na separação estrita entre a investigação policial e a ação penal. A primeira corresponde a um procedimento prévio, administrativo efetuado por parte da polícia; a segunda tramita na esfera judicial e se inicia com a denúncia, quando os procedimentos e interrogatórios policiais são repetidos diante do juiz.

Na introdução do Código de Processo Penal brasileiro, seus atores justificam a razão pela qual o *sistema de dupla instrução* passou da legislação anterior à

atual. Argumenta-se que a aplicação do modelo alternativo – *a instrução única* – implicaria na necessidade de se introduzir a figura do juiz de instrução que presidiria as investigações policiais. Este sistema não seria adequado para um país como o Brasil – assim segue a argumentação. A dimensão do território brasileiro e dos problemas de transporte dificultariam o trabalho do juiz de instrução; sua participação reforçaria a tradicional morosidade dos processos (v. CPP, 1941).

Quando o atual Código de Processo Penal foi introduzido, os juristas já estavam conscientes de que, sem a figura do juiz de instrução, se outorgaria uma ampla autonomia à polícia civil. Esta autonomia iria ser (e foi) causa de muitos abusos. Segundo o modelo de *dupla instrução*, o material probatório que a polícia reúne não tem caráter definitivo, já que os procedimentos administrativos são repetidos na esfera judicial. Uma atuação incorreta por parte da polícia, pode, neste sentido, sempre ser "corrigida" na esfera judicial. Esta característica do modelo tem servido como argumento para relativizar o efeito dos abusos praticados por parte da polícia civil, incluindo a recorrente prática das confissões forçadas.

7. A distância social entre a polícia civil e o Ministério Público

A questão é, agora, como funciona este modelo na prática. Analisemos, como exemplo, a passagem de um caso da esfera policial à esfera judicial, ou seja, da polícia civil ao Ministério Público. No que se refere à cooperação institucional destes atores sociais, observamos que os atores atuam de forma tão distanciada que parecem observar a separação estrita entre os procedimentos de acordo com o modelo da *dupla instrução*.

De fato, a polícia civil, responsável pela investigação policial, faz suas investigações de forma muito autônoma, enquanto os promotores intervêm de forma muito restrita nas investigações policiais. Embora a nova constituição tenha ampliado as funções dos representantes do Ministério Público, a partir de 1988 os promotores também ficaram responsáveis pelo controle externo da polícia civil. Na prática, somente em alguns casos de graves violações de direitos humanos, os promotores intervêm pessoalmente no trabalho policial. Nas raras ocasiões que o fazem, sempre são criticados pela opinião pública. Em conformidade com o Código de Processo Penal, que somente prevê um contato indireto entre os promotores e os policiais, a maioria dos promotores se contenta com seu papel marginal na investigação, concentrando-se em suas funções de acusadores diante do tribunal.

Não é somente a polícia civil que deseja distância dos promotores, dificultando uma cooperação institucional. Muitos promotores reproduzem o *ethos* elitista dos representantes das classes privilegiadas, não desejando uma colaboração direta com a polícia. Além desta postura elitista, a grande desconfiança contra a polícia civil, considerada corrupta, faz com que os promotores se contentem com um contato formal e burocrático e com seu papel insignificante, tanto nas investigações policiais como nas judiciárias. Declarações de policiais e promotores ilustram a distância existente entre os representantes das duas instituições. Uma

promotora menciona a postura elitista da classe média e descreve a colaboração entre os promotores e a polícia civil:

"A sociedade não quer saber de polícia. Ao mesmo tempo que ela quer que ela esteja lá, atuante, ela não quer ficar sabendo de nada do que ela faz, não quer se sujar com o trabalho da polícia. Esta postura, forte entre a classe média, os promotores também têm. Eles querem e mantêm distância, mesmo trabalhando em cima da investigação da polícia, eles evitam o contato. (...) Não, nem telefonar eles telefonam, a comunicação é exclusivamente burocrática. (...) Contato pessoal? Nem pensar! É tido como promíscuo se misturar com a polícia. O nosso grupo mudou isto. Existem promotores que trabalham com policiais que têm um contato mais estreito. Acontece que aqui surge outra distorção. Se escolhe um policial e só se trabalha com ele, não se admite os outros. Esse é meu delegado, aquele não. Neste esquema muitas vezes se investe na pessoa errada."

Com sua última observação a promotora alude ao fenômeno das redes de contato personalizadas: se há colaboração, ela se baseia em relações personalizadas. No Brasil, dentro do aparato de Segurança Pública e de Justiça Criminal, estas redes são corriqueiras. Representantes de distintas instituições e de diferentes níveis hierárquicos percorrem juntos, como micro-grupos, suas carreiras profissionais.

Através de sua atuação personalizada e do recurso a métodos informais, estes grupos podem especializar-se tanto em atividades corruptas como em uma atuação processual correta e eficiente.

Ainda a respeito da distância social entre a Polícia e o Ministério Público, um inspetor policial ilustrou quanta frustração pode causar uma atitude elitista por parte de promotores:

"O Ministério Público em geral não produz provas, faz pouco caso com a causa pública. Um dia estava numa delegacia com uns estagiários e como eu sou muito vaidoso mostrei a eles a pilha dos inquéritos abertos e disse: puxem um que este agente vai resolver já, já. Arrisquei algo, pois o homicídio tinha sido cometido em 1980 e estávamos em 1994. Fomos atrás e conseguimos encontrar o autor em dois dias de trabalho investigativo. Na sexta à tarde fui até a promotora pedir a prisão preventiva. Ela disse que 'hoje não dá', que tinha que buscar a filhinha no colégio, que só teria tempo segunda e que, de qualquer forma, o homicídio teria sido cometido há muito tempo."

Por competir diretamente com os promotores, os delegados são os que mais enfatizam a falta de poder desses atores na prática do processo penal brasileiro. A avaliação do seguinte delegado demonstra esta atitude de forma crua e grosseira:

"No sistema de Justiça no Brasil são dois os que têm poder: o juiz e a polícia. Só eles dois é que têm o poder de decisão, de prender e condenar. É a policia que prende, é ela que abre o inquérito. O promotor fica entre os dois e não tem peso, só pede, pede para prender, pede para condenar, ele é aquele que 'não fode nem sai de cima'. O promotor não importa. Se você tem um problema, você vai procurar quem? Você me procura, procura um delegado ou um juiz. Ninguém conhece promotor, a gente nem sabe os nomes deles."

Este último comentário do delegado, "nem sabemos os nomes deles", ilustra a importância do acesso personalizado aos operadores do sistema. Os agentes de nomes desconhecidos, na representação do delegado, simplesmente não existem.

A real distância social entre os representantes do Ministério Público e da polícia civil parece coincidir com as exigências do modelo de dupla instrução, segundo o qual a investigação administrativa é estritamente separada da instrução judicial. Na prática esta separação é caracterizada por uma ampla autonomia burocrática da polícia civil e pela restrita participação dos promotores nas investigações, impedindo, em grande medida, a cooperação institucional.

A falta de cooperação institucional, entretanto, não impede que o peso do material probatório da investigação policial seja transportado para a esfera judicial. Ao folhear os autos de uma ação penal toma-se conhecimento de que o trabalho policial influi no processo judicial. O inquérito policial consiste, como a ação penal, de autos. Cada passo da investigação é protocolado e arquivado cronologicamente.

Quando a denúncia do promotor se baseia nas investigações policiais – o que corresponde à maioria dos casos – o inquérito policial é, logo no início do processo, integralmente incorporado aos autos. Posteriormente, o juiz consultará os autos se baseando tanto no material probatório do inquérito policial como nos documentos da ação penal que foram anexados aos autos durante a instrução judicial (v. Kant de Lima, 1995). Desta forma, o sistema acusatório que deveria estritamente seguir o princípio do contraditório (igualdade das partes) se contamina com elementos inquisitoriais.

8. Conclusão

Na prática, o modelo de *dupla instrução* termina por ter um caráter ambíguo. O trabalho inquisitorial da polícia é empurrado para baixo, dentro do sistema hierarquizado da Justiça. Outorgando-se a polícia uma ampla autonomia, ela cumpre com sua tradicional função de seleção social (Kant de Lima, 1995). Separa os representantes das classes de baixa renda, das classes economicamente privilegiadas, através da aplicação desigual do direito e da violência.

Ao não intervir nunca, os promotores e juízes legitimam esta repartição de tarefas judiciais. Como justificação para esta sistemática omissão, eles se servem do modelo de processo penal.

A ausência de cooperação institucional e de responsabilidade horizontal fortalecem os cimentos legais de uma sociedade pronunciadamente desigual. As práticas penais demonstram como o processo penal brasileiro, à primeira vista, pode ser considerado como modelo liberal, já que este – como sistema acusatório – segue princípios de publicidade, igualdade das partes e presunção de inocência, princípios que através de elementos inquisitoriais são diluídos pela porta de trás, discretamente.

Bibliografia

AMBOS, Kai. "Strafprozessreform in Lateinamerika". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. FET 1, 1998.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (Dec.-lei 3.689, 03.10.1941). 18. Ed. São Paulo: Saraiva.

GOMES, Luiz Flávio. *STF abre caminho ao juiz político*. São Paulo : ILANUD,1997.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro. Seus dilemas e paradoxos*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

PAIXÃO, Antônio Luiz. "A organização policial numa área metropolitana". Dados, *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, 25.01.1982.

SALAS, Denis. *Le procès penal*. Paris : PUF, 1992.

3.3

REIVINDICANDO A LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: JUSTICIA SOCIAL Y TRADICIÓN EUROPEA

RENÉ VAN SWAANINGEN

SUMARIO: 1. Introducción – 2. El desarrollo de la criminología crítica en Europa – 3. Precursores europeos de la criminología crítica – 4. El apogeo de la criminología crítica – 5. Quiebres en el proyecto de la criminología crítica – 6. Hacia un abordaje actuarial de la justicia – 7. Reafirmando a la criminología crítica – 8. Reconstruyendo la justicia social – 9. Seguridad comunitaria – 10. La posición de la víctima – 11. El rol de la ley en la formación de normas sociales – 12. Conclusiones – Bibliografía.

Resumo: O autor analisa as contribuições e a crise atual da criminologia crítica na Europa, demonstrando que esta crise é devida, sobretudo, a mudanças por políticas criminais mais repressivas e das dificuldades de financiamento de pesquisas críticas, a criminologia crítica pode oferecer uma análise contrafática e não eficientista, inspirada nos princípios democráticos.

Palavras-chave: Abolicionismo – Controle social – Criminologia crítica – Criminologia marxista – História da Criminologia – Minimalismo.

1. Introducción

Si nos dejamos llevar por los manuales, la criminología es una disciplina de europeos muertos y norteamericanos vivos. En realidad, la criminología surgió en la Europa del siglo XIX. También es cierto que desde los años 40 en adelante, las teorías dominantes en criminología son "hechas en USA". ¿Quiere esto decir que los actuales criminólogos europeos se limitan a seguir a sus colegas norteamericanos, o aún existe una viva tradición europea? Y, si existen características europeas específicas, ¿podrá esto ser útil para el desarrollo de la disciplina criminológica en un sentido general? Mientras contestamos éstas cuestiones afirmativamente para la perspectiva crítica de la Europa continental, se realiza una investigación sobre cómo contribuiría esto para el futuro de la teoría criminológica.

Desde su surgimiento en la segunda mitad del siglo pasado hasta la II Guerra Mundial, la criminología europea fue la mayor fuente de inspiración de los estudiantes angloamericanos ("sobre la cuestión del delito y el control del delito" o "sobre el delito y su control"). El belga Adolfo Quetelet, el italiano Enrico Ferri, el francés Gabriel Tarde, el holandés Willem Bonger: ¿cuál criminólogo que se

respete a sí mismo no los conocería? Sin perjuicio de la amplia lectura de sus trabajos, el específico contexto político y académico en que éstos profesores tienen que ser situados permaneció por mucho tiempo largamente ignorado (Beirne, 1993). Sin embargo, dicho contexto es importante si pretendemos entender por qué la criminología europea se desarrolló de la forma que lo hizo. En el continente europeo, había escuelas de pensamiento criminológico en las facultades de Derecho que siempre tuvieron una cierta influencia en los desarrollos políticos y culturales –tanto como una intelectualidad de vanguardia así como a través de la participación directa de académicos en política y en la práctica legal. Esta es sólo una razón por la cual la criminología europea se desarrolló largamente como una disciplina auxiliar del Derecho penal. Este contexto también es un factor importante para entender la crisis ética de la criminología europea, cuando en los años 30 el dominante enfoque utilitario de la defensa social y las teorías biológicas del crimen fueron usados como una defensa científica de las campañas nazis de ley y orden. El descrédito moral de este tipo de "apoyo" académico a una ideología política infame determinó que después de la II Guerra Mundial la mayoría de los criminólogos europeos buscaran refugio en la tradición iniciada por el funcionalismo sociológico norteamericano, que no sufrió tanto por ese pasado no asumido.

La posición central de los criminólogos de la Europa continental en el mundo angloparlante paradójicamente llegó a su fin en el tiempo en que refugiados continentales, tales como Max Grünhut, Hermann Mannheim y Leon Radzinowicz, habían popularizado la criminología en Gran Bretaña, donde la disciplina, hasta ese momento, ocupaba una posición más bien marginal (Garland 1997:34). Después de la II Guerra Mundial, la corriente dominante de influencia e inspiración cambió. De ahí en más el viento cambiaría del "viejo" al "nuevo" mundo. Los nuevos desarrollos del continente europeo no fueron ya introducidos al mundo angloparlante. Ahora que el inglés sucedía al francés como la *lingua franca* de la academia, los estudios angloamericanos fueron mucho más leídos en Europa. ¿Qué criminólogo europeo podría actualmente desconocer a Shaw y MacKay, Edwin Sutherland, Howard Becker o incluso Travis Hirschi? Muchos profesores norteamericanos dejaron sus rastros en la criminología de la Europa continental así como en la política criminal. Aunque nuevamente, el específico contexto político y cultural en que todas estas teorías surgieron casi nunca fue tomando en cuenta cuando se importaron por Europa. Parece como si no interesara que los patrones urbanos y migratorios de los Estados Unidos, los ideales del "Sueño Americano", la visión de las armas de fuego como parte del folklore nacional, o el nivel de la violencia criminal e institucional, implícitamente reflejados en tantas teorías Norteamericanas, difícilmente podían parecerse a cualquier realidad europea. Por el contrario, fenómenos típicamente europeos tales como las grandes diferencias en el lenguaje y la cultura en pequeñas distancias geográficas, el rol de la vida de la calle y el café como "cemento social", y el Estado de bienestar social demócrata con sus salarios mínimos garantizados, su seguro-desempleo y otros beneficios, su ancha red de seguros públicos y su extensivo sistema de vivienda y control de la renta, parece que no arrojasen alguna otra luz en control social, privación o cohesión.

La "americanización" de la criminología europea en los años 60 ciertamente tuvo una influencia positiva en el desarrollo de la investigación empírica, pero al mismo tiempo, las presuposiciones culturales de todas las teorías creadas en EE.UU. fueron raramente consideradas por sus seguidores europeos y el tradicional marco normativo de la criminología continental europea, su contacto con la teoría del Derecho penal, se perdió gradualmente. En este artículo, argumento que a fines de los años 90 hay buenas razones para recuperar este contacto. Desde los años 80 en más, la criminología se ha desviado de las cuestiones epistemológicas y sociopolíticas y retornó a su vieja orientación empirista como una ciencia aplicada de los días previos a la lucha contra el positivismo. Es alimentada por las noticias políticas del día, y conducida por la agenda de sus financiadores –fundamentalmente del Ministro de Justicia, gobierno local, la policía o incluso bancos o compañías aseguradoras. Elaborar "la tradición europea" podría mostrar que al ignorar el específico contexto normativo y los fundamentos epistemológicos de la criminología estamos cortando las raíces del árbol en que estamos sentados.

Muchos estudios en subculturas, vínculos, control, exclusión, agresión etc. pueden ser realizados muy bien por sociólogos, psicólogos, científicos políticos, antropólogos urbanos o neurólogos. La pregunta es ¿realmente necesitamos criminólogos? Un *surplus* importante del valor de la criminología sobre otras ciencias sociales recae en su conocimiento acerca del sistema de justicia penal. El estudio del delito y de su control necesita incluir un análisis de la específica conceptualización legal y amplificación de los problemas si pretendemos una cabal comprensión del lado de la reacción social. Al presente, muchos criminólogos tienden a ignorar este conocimiento específico y toman una postura positivista, en la que las definiciones legales del delito y las exclusivas reacciones penales son adoptadas acríticamente, cuando son verdaderamente parte del problema y por lo tanto necesitan ser encaradas con una actitud más reflexiva. Voy a concentrarme en la perspectiva crítica, desde que está mas alineada con la tradición europea de la disciplina. La principal corriente criminológica europea está más orientada a las perspectivas angloamericanas. Mientras muchos criminólogos críticos conectaron los análisis empíricos con la teoría política y social, el contacto de la tradición continental europea con la teoría del derecho penal no es tan obvio.

2. El desarrollo de la criminología crítica en Europa

La criminología surge como una respuesta a la predominante crisis del fortalecimiento de la ley. La doctrina legal clásica ya no fue percibida como una respuesta correcta a la aparente elevación constante de los índices de delito. Los estudios científicos acerca de las causas del delito y la corrección de los ofensores fueron bienvenidos como posibles medios para hacer que el sistema del fortalecimiento de la ley fuera más efectivo. Desde el principio, el destino de la criminología estuvo conectado a su contribución con las políticas de justicia penal. Los estudios criminológicos, por el contrario, pusieron gran énfasis en la

jurisprudencia europea (particularmente del noroeste) y en la práctica penal. La influencia de la criminología en la doctrina legal ha sido mayormente de tipo reflexivo. Las consideraciones acerca de la ley natural abrieron el camino hacia objetivos más pragmáticos, de obtención de resultados. Su influencia en la práctica penal tuvo, dependiendo del clima político del momento, primeramente un efecto mitigador y humanizador (durante la *belle époque*) y luego nuevamente un efecto endurecedor –en la escalada hacia la II Guerra Mundial. En los años 30 y nuevamente hacia fines de los 40 y principios de 1950, también fuimos testigos de fuertes movimientos contra la primacía del utilitarismo, que dieron lugar a un renacimiento ético y normativo, orientado a los valores críticos del poder de la teoría legal clásica. Estos "criminólogos críticos" *avant la lettre* se centraron en la cuestión de cómo debía parecer un orden social y legal justo. Como esta tradición permaneció largamente desconocida en el mundo angloparlante, resulta importante prestar una particular atención a éstos precursores de la criminología crítica.

3. Precursores europeos de la criminología crítica

Siempre ha existido una tensión entre aquellos profesores que ven la criminología como una ciencia auxiliar y aplicada que sirve para contribuir a un sistema de justicia penal más eficiente, y aquellos que más bien la ven como una crítica de la ley y el orden. Cuando Lombroso sentó las bases de la *Scuola Positiva* en el norte de Italia, había hacia 1880 profesores de las zonas pobres del país, en el sur, tales como Colajanni, Merlino y Turati, que criticaron la ceguera de clase de Lombroso y su aparente autoritarismo. Los "hombres atávicos" de Lombroso eran efectivamente la mano de obra barata del sur de Italia que era explotada en las industrias del norte rico del país. La tesis de la *Tercera Scuola* fue que si el nivel del delito en una cierta sociedad debía ser disminuido, la gente no debería tener miedo de su existencia diaria, la economía (debería) ser estable y el bienestar distribuido más equitativamente.

La influyente Escuela francesa ambientalista, que surgió como reacción al enfoque antropológico de Lombroso, también hizo algunas elaboraciones críticas. Aunque Lacassagne no delineó muchas conclusiones políticas a partir de su célebre argumento de 1885 de que toda sociedad tiene el crimen que se merece, su afirmación fue, mas tarde, interpretada de forma radical por varios estudiantes socialistas. En 1893, Manouvrier mostró una temprana mirada reflexiva en el hecho de que la etiqueta "crimen" también puede ser usada para censurar moralmente a los actos de las personas en el poder, cuando describió como un crimen la matanza de los comuneros por la policía Parisina. Manouvrier tuvo una gran influencia en el sociólogo socialista holandés Willem Bonger, que frecuentemente es mencionado como el padre fundador de la criminología crítica. En su clásico *Criminalité et Conditions Économiques* de 1905, Bonger agregó un componente socioeconómico a la teoría socio-psicológica de la Escuela francesa. En la escalada a la II Guerra Mundial, Bonger se transformó en uno de los más fieros críticos del uso instrumental de la ley penal. Él comparte esta visión no

utilitarista de la ley y el orden con la penalista holandesa Clara Wichmann, quien hasta su muerte en 1922, escribió acerca de la necesidad de una reconceptualización marxista y feminista de la penalidad. Sus ideas son cercanas a aquello que hoy en día llamaríamos "abolicionismo".

Más allá de que durante los primeros días de la República de Weimar, algunas de sus más críticas propuestas de política criminal fueron introducidas por el Ministro de Justicia, Gustav Radbruch, la herencia de la Escuela Moderna de Ciencias Penales Integradas de Franz von Liszt meramente resultó en autoritarismo hacia 1930. Muchos de los críticos sociales alemanes tuvieron que emigrar a Estados Unidos o Gran Bretaña. Si queremos distinguir una escuela crítica en el mundo germanoparlante de la preguerra debemos detenernos en la tradición psicoanalítica encabezada por Otto Gross (Steinert, 1997). En las primeras décadas del siglo 20, Julius Vargha y Theodor Reik desarrollaron perspectivas de tipo abolicionistas acerca del castigo, mientras que Alexander y Staub formularon una crítica incisiva de la justicia penal examinando los elementos irracionales que constituían la relación entre los ofensores y sus jueces.

La II Guerra Mundial significó una importante cesura en el desarrollo de la criminología Europea. El desaliento ante el mal uso de la criminología biológica en las políticas nazis de ley y orden no llevaron, sin embargo, a la emergencia de una fuerte perspectiva crítica en la disciplina. Existían algunos intentos importantes del francés Marc Ancel para dar al movimiento de la defensa social un renacer nuevo, de inspiración humanista y una ligeramente más radical perspectiva de la Escuela holandesa de Utrecht, que conectaba una inspiración fenomenológica y existencialista con muchas propuestas concretas de política criminal. Estas escuelas ciertamente contribuyeron a una reducción en la agenda del fortalecimiento de la ley, pero la principal reacción a la perversión de la norma jurídica en las décadas pasadas fue un retorno a la Escuela Clásica en jurisprudencia. En esta perspectiva, la ley penal no debería estar sujeta a la (fabricación de la) decisión política, sino más bien ser una protección del ciudadano contra la intervención estatal arbitraria. Sin embargo, deberíamos mencionar a dos criminólogos holandeses que no esperaban demasiado de una mera reafirmación de la jurisprudencia clásica y argumentaban por un renacer cultural más global después de la II Guerra Mundial. El trabajo de la posguerra del profesor Ger Kempe, de Utrecht, se desarrolló gradualmente en la dirección de una crítica social que precede a las teorías de la criminalización. El criminólogo de Leiden, Willem Nagel, se concentró cada vez más en los crímenes de los poderosos, y desarrolló un encare conflictivo de la criminología (van Swaaningen, 1997, p. 29-73). Ellos merecen ser mencionados como dos precursores continentales de la criminología crítica en los años 50.

4. El apogeo de la criminología crítica

Cuando la criminología crítica surgió a fines de 1960 en Inglaterra, pareció como si los precursores continentales arriba mencionados nunca hubieran existido y como si toda la criminología previa a 1968 hubiese encarnado un tedioso

funcionalismo "administrativo". La criminología administrativa contra la cual reaccionaron los críticos ingleses, sin embargo, casi no existía en el continente en ese momento. Los profesores del continente argumentaban, hacia 1970, más contra la hegemonía de abogados y psiquiatras que contra cualquier empirismo funcionalista. La popularidad de la teoría crítica social y política del continente fue, no obstante, de gran influencia en el surgimiento de la criminología crítica en ambos lados del Mar del Norte. Junto a la más bien implícita pero no menos importante influencia de la Escuela de Frankfurt, los criminólogos críticos habían encontrado una inspiración comparable en los (post) estructuralistas franceses (básicamente Louis Althusser y Michel Foucault) y en la tradición intelectual neo-marxista italiana inspirada por Antonio Gramsci. Tanto los estudiantes ingleses como los continentales combinaron éstas teorías sociales con investigación empírica, demostrando el sesgo represivo del sistema de justicia penal contra las clases bajas, y destacando cómo despreciaba temas tales como el crimen de cuello blanco, el delito ambiental, la violencia doméstica o el abuso de las relaciones de dependencia. Dichos criminólogos críticos compartían un estilo de razonamiento idealista y normativo con las generaciones previas de los profesores continentales críticos de Europa.

Para Stanley Cohen, la criminología crítica siempre permaneció como la sucesora más tenaz de la teoría del etiquetamiento. Profesores norteamericanos tales como Howard Becker, Edwin Lemert y Erving Goffman habían preparado la base de la criminología crítica hacia fines de 1950, al dar vuelta la perspectiva dominante en criminología orientada hacia el ofensor por una agenda de investigación orientada a las instituciones penales en sí mismas. Los críticos europeos vincularon éstos análisis micro y mesosociológicos con cuestiones macrosociológicas de poder. El imperativo crítico del compromiso político también fue destacado por Howard Becker (1967), quien planteó la famosa pregunta: "¿De qué lado estamos?". El compromiso "liberal" de Becker no era, sin embargo, suficiente para los estudiantes marxistas, quienes sintieron que los procesos de etiquetamiento necesitaban ser ubicados nuevamente en su esencial racionalidad política y económica. Reemplazaron la imagen del pobre depravado por aquella del luchador social y los análisis interaccionistas de los procesos de etiquetamiento por una economía política de la criminalización. Sin embargo, en el continente europeo, las raíces interaccionistas siempre permanecieron mucho más visibles que en Inglaterra. En este sentido, el reconocimiento de Cohen es mucho más cierto para el caso continental que para el inglés. Particularmente en los Países Bajos, las perspectivas interaccionistas –básicamente el constructivismo social y el etiquetamiento– permanecieron absolutamente dominantes. También en Alemania, la herencia de las teorías del etiquetamiento siempre ha sido alentada bastante fuertemente. Aquí podemos encontrar muchos intentos para sintetizar las perspectivas marxista e interaccionista –muy notablemente por Fritz Sack (1972) y Gerlinda Smaus (1986).

Karl Schumann (1972) presentó el abolicionismo como la agenda política de la teoría del etiquetamiento. El abolicionismo básicamente implica la abolición de la lógica punitiva y represiva del Derecho penal y al mismo tiempo una búsqueda para alternativas mas restaurativas y menos estigmatizantes. Con su

axioma lingüístico de que un diferente abordaje del delito empieza por hablar distinto sobre el mismo, el abolicionismo también puede ser visto, en el fondo, como la conclusión final de los análisis de la teoría del etiquetamiento. Si la ley penal básicamente estigmatiza a la gente y refuerza la reincidencia, el siguiente paso lógico es retroceder de su racionalidad punitiva y reemplazarla por aproximaciones orientadas a la reparación y a la reintegración de los ofensores en la comunidad. El abolicionismo es un producto claro de un espíritu y una cultura política del tiempo en que uno creía que las cosas en el campo penal podían ser cambiadas para mejor. El trabajo de los padres fundadores del abolicionismo, el noruego Nils Christie y los holandeses Herman Bianchi y Louk Hulsman comienza a comienzos de 1960, pero sólo es llamado "abolicionismo" a partir de fines de 1970 (van Swaaningen, 1997, p. 118-34). Su elaboración en un marco explícitamente criminológico crítico, por alemanes como Stephan Quensel, Sebastian Scheerer o Heinz Steinert u holandeses como Willem de Haan, John Blad o yo mismo, no va más allá de mediados de 1980. El abolicionismo está arraigado en un estilo de pensar normativo e idealista europeo. Se hace eco de la idea de que las cosas pueden ser cambiadas si "nosotros" queremos que cambien. El abolicionismo ya encarnaba en 1970 lo que Stuart Henry y Dragan Milovanovic (1996, p. 205) llamarían, 20 años más tarde, un "lenguaje de posibilidades" y un "discurso reemplazador": un discurso que no es simplemente crítico y de oposición, pero que provee tanto una visión crítica como alternativa.

La sociología del conflicto ha sido una fuerza motora detrás de la transición desde análisis de estigmatización hasta criminalización, y desde análisis de la selectividad del sistema de justicia penal hasta una crítica de la justicia penal como sistema de poder. Una rama neomarxista o gramsciana ha sido particularmente influyente en los debates de la criminología crítica italiana de mediados de 1970, así como también en Inglaterra. Una fuerte tradición marxista es comúnmente un reflejo de una cultura en que uno no espera mucho de las autoridades, y las trata más con sospecha que con confianza. Es por ello que uno no encuentra tanto esta tradición en los típicos Estados de bienestar social democráticos del norte de Europa. Un buen número de estudios en la tradición neomarxista estuvo, o bien orientado a la criminalización o, generalmente con un fuerte "toque histórico", al sistema carcelario. Obviamente, el *best-seller Surveiller et punir* (Vigilar y castigar) de Michel Foucalt (1975a) dio un tremendo impulso por un renovado interés en estos temas "rusche y kircheimerianos". En la criminología italiana, *Carcere e fabbrica* (Cárcel y fábrica) de Dario Melossi y Massimo Pavarini (1977) es probablemente el ejemplo más famoso, mientras que *Die fabrikation des zuverlässingen menschen* (La producción de gente fiable) de Hubert Treiber y Heinz Steinert (1980), es un buen ejemplo en la sociología alemana. *Law, society and political action* (1980) de Thomas Mathiesen, es una elaboración teórica y política marxista de sus primeros análisis del movimiento noruego de reforma penal abolicionista. Los estudios en el estilo de la teoría del conflicto subcultural de Stuart Hall no son muy comunes en el continente europeo, aunque han inspirado a un cierto número de profesores. Con posteriores perspectivas en la criminología crítica inglesa, como el feminismo y el realismo de izquierda, es más o menos la misma historia: tuvieron cierta

receptividad en el continente, pero su rol ha sido modesto o meramente implícito. En el continente, las académicas feministas están, por ejemplo, más orientadas hacia la sociología general o la ley laboral y de familia antes que hacia la criminología, y las mujeres están de todos modos mejor representadas en la práctica política y legal que en la universidad. El crudo utilitarismo y la inicial centralidad de la policía del realismo de izquierda, fue ampliamente rechazada por los profesores críticos del continente, mientras que los criminólogos dominantes adoptaron la perspectiva realista sin tomar en cuenta su agenda social demócrata. No es poco probable que, con el más reciente e intelectualmente más desafiante abordaje de los realistas de izquierda (p. ej. Walton y Young, 1998) la brecha entre el realismo y los criminólogos críticos (continentales) se cierre.

En una corriente típicamente continental europea en la criminología crítica, el llamado *garantismo penale*, la sociología del conflicto se vincula con la filosofía jurídica. Esta tradición surgió en la criminología crítica italiana como una reacción al uso "flexible" de la ley penal en la lucha contra las *brigate rosse* (brigadas rojas) de los años 70. Ha, por ejemplo, resultado en las ideas de Alessandro Baratta sobre la "ley penal mínima" en su *Criminologia critica e critica del Diritto penale* (Criminología crítica y crítica del Derecho penal) de 1982 y en la teoría política de Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione* (Derecho y razón) de 1989. Esta perspectiva encontró suelo fértil en la España postfranquista, donde profesores, como Perfecto Andrés Ibáñez (1978), intentaron desarrollar una teoría crítica que inspiraría la transición legal de la dictadura a la democracia. Una contrapartida holandesa puede ser encontrada en el trabajo de Antonie Peters (1993) sobre el valor sociológico de las garantías legales de comienzos de 1970. Hasta un cierto punto, la serie alemana de libros, editada por Klaus Lüderssen y Fritz Sack entre 1975 y 1980, llamada *Seminar Abweichendes Verhalten* (Seminario Conducta Anómala) y *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaft für das Strafrecht* (Sobre la Utilidad y la Desventaja de las Ciencias Sociales para el Derecho Penal), en que los temas de la criminología crítica son ubicados en un marco legal, también puede ser contada en esta tradición. Particularmente en aquellos países que no tienen una fuerte tradición empírica en criminología, estos debates garantistas son muy influyentes en el debate de la criminología crítica. Como el abolicionismo, el garantismo es también una crítica "contrafáctica" (Habermas, 1981), en que las presuposiciones normativas son ubicadas en una relación dialéctica con la realidad empírica.

Otra particularidad europea de la criminología crítica, que existe en Inglaterra pero no en los Estados Unidos, es la orientación hacia la reforma penal y las políticas criminales, con su consiguiente acción de investigación al respecto. Particularmente en las jóvenes democracias tales como España y Grecia, el activismo penal, realizado por prisioneros y simpatizantes intelectuales, ha sido el verdadero incentivo del surgimiento de la criminología crítica. En Francia, podemos pensar en el *Groupe d'Information sur les Prisons*, en que Michel Foucault jugó un papel activo, o el sucesivo *Comité d'Action des Prisonniers* de Serge Livrozet's –la posterior *Coordination Syndicale Pénale* estuvo más vinculada con el sindicato de los jueces progresistas. Movimientos de reforma penal de

prisioneros y otros pueden ser encontrados virtualmente en todos los países europeos, pero la más famosa elaboración criminológica de éstas iniciativas se encuentra en el trabajo de Thomas Mathiesen.

A veces hay contactos personales directos entre plataformas de criminología crítica y el lobby penal radical. Este es, por ejemplo, el caso en Inglaterra, donde el miembro directivo de la National Deviancy Conference, Mike Fitzgerald, fue también activo en grupos como Radical Alternatives to Prison, y en los Países Bajos, donde, más notoriamente, Louk Hulsman también fue miembro directivo de la *Coornhert Liga* de reforma penal. Este no fue ciertamente el caso de Alemania e Italia, donde una red de criminólogos críticos sí existía, pero las actividades de reforma penal eran muy dispersas y tenían una perspectiva de cambio fuertemente "proletaria". El caso español es muy particular: en la transición de la dictadura franquista a la democracia, a fines de 1970, había un fuerte movimiento de prisioneros, *Copel*, cuyo objetivo era hacer ver que los prisioneros no fueran olvidados en el proceso de democratización. Si fuéramos a mencionar alguna raíz de una criminología crítica española, el compromiso de intelectuales y abogados de izquierda en *Copel*, y sucesores como la vasca *Salhaketa*, son unas de las importantes (van Swaaningen, 1997, p. 135-169).

En Italia, muchas perspectivas críticas sobre la desviación y el control social están arraigadas en la sicología social. A este respecto, el trabajo de Gaetano de Leo sobre normalidad y desviación debería ser mencionado (p. ej., Leo y Salvini, 1978). Esta perspectiva está fuertemente influenciada por el movimiento democrático o antipsiquiátrico de Franco Basaglia, así como la teoría social antiinstitucional de Foucault sobre la locura: *Histoire de la Folie* (Historia de la Locura) (1975b). Aunque ciertamente existen psicólogos sociales implicados en la criminología crítica en otros países también, es, como perspectiva específica, más bien típica del caso italiano.

En esta sección hemos visto que hay tanto similitudes como diferencias entre los criminólogos críticos del continente europeo y los anglosajones. Dos puntos de distinción son particularmente importantes aquí. La criminología continental europea incluye una más elaborada crítica y comprensión de los conceptos legales, principios y estructuras y adopta una postura más positiva sobre una política de los derechos como una posible perspectiva de cambio. Particularmente a fines de 1970, los criminólogos críticos ingleses mostraron un profundo desprecio por las ideas "burguesas" sobre la legalidad y el "ideológico" y "anacrónico" lenguaje de los derechos. Perspectivas críticas europeas tales como, por ejemplo, abolicionismo y garantismo, no argumentaban en términos tan despreciativos hacia la ley: están más bien notoriamente marcados por un estilo legal de razonamiento. Por otra parte, la mayoría de los profesores críticos del continente Europeo nunca renegaron de las raíces interaccionistas de su perspectiva –mientras éstas eran, de nuevo y particularmente en Inglaterra, ampliamente descartadas como un liberalismo mal posicionado. El desarrollo de la criminología crítica europea fue más gradual, los cortes con el pasado no fueron tan drásticos, y la perspectiva no tomó una orientación macrosociológica tan dominante.

5. Quiebres en el proyecto de la criminología crítica

Hasta mediados de 1970, la criminología continental europea se desarrolló en estrecha relación con la jurisprudencia, pero desde ese tiempo en más las dos disciplinas también tomaron un camino más independiente, principalmente en los países del norte del continente. Aunque este desarrollo ciertamente tuvo mayores ventajas para la elaboración analítica, técnica y metodológica de la disciplina, también resultó en 1980 en un mayor positivismo tanto en criminología como en la disciplina legal, y en una mutua pérdida de reflexividad. La influencia reflexiva que los criminólogos tuvieron en la práctica penal fue cambiada por una postura más dócil, de apoyo político. Esto coincidió con un cambio radical hacia políticas altamente punitivas de ley y orden (Robert y Van Outrive, 1993). En este contexto sitúo la comúnmente llamada crisis de la criminología crítica. Si fuéramos a diseñar un posible futuro de la criminología crítica, primero necesitaríamos analizar cómo entró en crisis. Desde que la tradición inglesa de la criminología crítica ha sido la más poderosa, los análisis de la crisis también han estado mayormente orientados hacia la situación inglesa.

Podemos distinguir causas internas y externas de la crisis en la criminología crítica. Como causas internas podríamos señalar la alienación respecto de las raíces interaccionistas, la creciente preponderancia de recurrir a caballitos de batalla ideológicos o políticamente correctos que no siempre están fundamentados por análisis empíricos serios, la ignorancia de problemas sociales reales en áreas urbanas vulnerables representados por el delito de la calle, y la pérdida gradual de perspectivas reestructuradoras y utópicas que han llevado a un ghetto intelectual de negativismo e imposibilismo (Young, 1988; de Haan, 1990, p. 10-15).

El valor explicativo de la noción de "desviación" (también) se tornó más bien limitado. De acuerdo a Colin Sumner (1994), deberíamos incluso escribir un obituario para la sociología de la desviación. Muchas de sus lecturas podrían ser inconducentes o superficiales. La teoría de la desviación hubiera celebrado a quienes quebrantan la ley como "rebeldes sin causa", mientras que actualmente, tales "Robin Hoods" son realmente conducidos por motivos egoístas y asociales. En este contexto, los criminólogos críticos son duramente criticados por negar problemas sociales reales al interior de las ciudades –o en que incluso ofensas o incivilidades relativamente pequeñas son ejemplos importantes por su masiva frecuencia. La crítica del control del delito es crecientemente presentada como prestándole oídos sordos a quejas justificadas acerca de los efectos desintegradores de tales delitos para la comunidad. Los criminólogos críticos crearían una atmósfera en que virtualmente cada intervención policial sería puesta en un tabú con un reflejo condicionado de ser represiva, racista y parcializada contra las clases bajas. Después de ser un símbolo de progresismo por unos años, la criminología crítica está ahora meramente representada por el diletantismo académico, testimoniando morales sombrías y debilidades políticas (de Haan, 1990, p. 17-35).

De alguna forma, la criminología crítica también ha sido víctima de su propio éxito. Muchos de los temas erigidos por los profesores críticos en los años 60 y

70, que habían sido ignorados por el sistema de justicia penal, fueron, hacia los años 80 y 90, efectivamente incluidos en la agenda de los "fortalecedores legales" –tales como el fraude, la corrupción, el delito ambiental, el abuso (sexual) en relaciones de poder o incluso el genocidio. Al mismo tiempo, los jueces (al menos en Holanda) parecen estar hoy menos preocupados por los hábitos sexuales consentidos entre adultos, por el aborto o por la gente que fuma marihuana –con o sin inhalación. La reivindicación de la criminología crítica por un abordaje alternativo, no estigmatizante y más estructural respecto del delito, de alguna manera ha incitado determinados desarrollos tales como la policía comunitaria, las sanciones no custodiales y políticas de prevención del delito, aún cuando la forma como han sido implementadas haga que los arquitectos de estas ideas quieran olvidar su rol familiar. Así, uno podría argumentar que parte del proyecto de la criminología crítica se ha transformado en parte del discurso predominante.

La crisis actual de la criminología está enmarcada en un cambio cultural más amplio. La creencia en el progreso, la ingeniería social e incluso la civilización había disminuido hacia 1980. Las ilusiones acerca de la posibilidad de cambiar la sociedad se han hecho pedazos, y la creencia en el mundo justo del futuro es ahora meramente vista como un engaño fundamental. La imagen de la criminología crítica marxista, particularmente después de la caída del muro de Berlín en 1989, se ha transformado en algo bastante complicado. Como crítica social, el materialismo histórico aún puede tener mucho sentido en la mayor parte del mundo, pero como estrategia política o incluso como modelo de sociedad, está ampliamente reconocido como algo que alguna vez fue, pero que nunca volverá. Ahora las tradicionales clases trabajadoras de Europa occidental han devenido tan prósperas que sus intereses más bien recaen en reducir los impuestos que en continuar manteniendo buenos servicios públicos. Incluso el modelo continental del Estado de bienestar está en decadencia. Mientras una "fortaleza europea" es construida en torno a los países más ricos del continente, el nacionalismo crece tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

6. Hacia un abordaje actuarial de la justicia

Después del llamado "fin de la ideología", los desarrollos en la justicia penal son más bien guiados por cálculos sobre cómo el riesgo y el perjuicio pueden ser limitados eficientemente, antes que por principios legales clásicos. En una sociedad del riesgo, esto es, una sociedad que ya no está orientada hacia ideales positivos y solidarios sino hacia una solidaridad negativa de miedos compartidos (Beck, 1986), la justicia toma un carácter "actuarial" (Feely y Simon, 1994). Se aleja de principios democráticos y constitucionales de la regla de derecho, tal cual es la idea del *rechtsstaat* continental. Un elemento clave del actuarialismo es que las cuestiones morales son entreveradas y transformadas en cuestiones técnicas de implementación. La acción estatal está motivada fundamentalmente por escenarios estadísticos y distribuciones de riesgos. La visión implícita del género humano ha cambiado desde el ciudadano responsable al irresponsable

objeto de control. Las violaciones a la ley ya no son juzgadas en términos de culpabilidad sino en términos de riesgos potenciales para el orden social. El nuevo giro del juego del "fin de las ideologías" ha dejado su huella en los sistemas de control social y en las ideologías. En el negocio del control del delito, vemos una ascendencia de estilos gerenciales, administrativos y tecnocráticos" (Cohen, 1994, p. 72).

En Europa, el debate sobre la justicia actuarial comenzó a mediados de 1980 como una crítica al creciente instrumentalismo del discurso jurídico. Según el criminólogo alemán Sebastian Scheerer (1986, p. 105-106), la ley penal está perdiendo su identidad, ahora caracterizándose por el simbolismo punitivo de mano dura en sentido retórico y meramente por un gerencialismo administrativo en sentido práctico. El teórico jurídico italiano Filippo Sgubbi (1990) argumenta de forma similar que una creciente proporción del delito en la sociedad moderna es tratada como una cuestión de mera transgresión, en que intentos por mantener la responsabilidad moral del ofensor son reemplazados por pura racionalidad administrativa. Scheerer (1996) concluye que la prisión ha devenido en "vacía" para aquellos que son muy pobres para ser castigados financieramente y muy marginales para ser integrados (refugiados, europeos del este, buscadores de asilo etc.), pero al mismo tiempo está perdiendo su posición como la reacción central frente a los delitos comunes de la población autóctona, para quien una amplia red de mecanismos de control en la sociedad, guiados por la racionalidad de la seguridad, ha devenido cada vez más intrusiva. Cornelius Prittwitz (1997) explícitamente ubica los desarrollos en las políticas de justicia penal alemana en el marco teórico de la sociedad del riesgo de Ulrich Beck. En los Países Bajos, los desarrollos actuariales son también claramente visibles en la creación de políticas de justicia penal, en la interpretación de principios legales, en la prevención del delito, en el sistema penal y en el servicio de *probation**. En muchos países europeos, el rápido crecimiento de la industria privada de la seguridad es interpretado como uno de los símbolos más fuertes de la emergencia de la justicia actuarial.

7. Reafirmando a la criminología crítica

Desde mediados de 1980 en adelante, las políticas de ley y orden están marcadas por un pragmatismo impregnado por las "tres Es" de la Economía, Eficiencia y Efectividad interna del sistema de justicia penal. En respuesta a éstos desarrollos, ya es hora de revitalizar la crítica contrafáctica europea. Los desarrollos actuariales en la administración de justicia no están acompañados por algún cambio ideológico explícito en la jurisprudencia. Han devenido populares dentro del contexto de la popularidad del discurso empresarial y gerencial a lo largo de la sociedad, y por las nuevas posibilidades técnicas para "administrar" al delito más eficientemente. Si los hacedores de las políticas difícilmente tratan cuestiones de legitimación o de los efectos sociales externos del fortalecimiento de la ley, las críticas tradicionales a la ideología o al mal funcionamiento del

sistema de justicia penal tienen poco sentido. En virtud de este cambio en la racionalidad política, la crítica debe ser distinta a la de los años 70.

Hasta cierto punto, los últimos desarrollos en la criminología crítica fueron una reacción a los ya mencionados quiebres en el proyecto de la criminología crítica; esto es, a cuestiones que fueron ignoradas o incluso exageradas en 1970. Los realistas de izquierda han reafirmado el lado social-etiológico de la criminología critica bajo el lema de "tomar el delito (de la calle) en serio"; los garantistas han puesto el marco normativo del *Estado de Derecho* social en la (vista pública) nuevamente; y los abolicionistas han revalorizado los ímpetus idealistas y reestructuradores de la criminología crítica que se habían perdido en el negativismo. Estos temas forman el punto de partida para mi (revaloración). Básicamente, veo siete razones para reafirmar a la criminología crítica.

1. Últimamente, la criminología trata de las grandes cuestiones morales de la humanidad: la culpa y la penitencia, el bien y el mal. Esto implica que los criminólogos difícilmente pueden adoptar un estilo de razonamiento puramente funcionalista. A efectos de no caer nuevamente en una especie de criminología de laboratorio, deberían preocuparse de las fuerzas e intereses que rodean la formación y el cambio de las normas sociales. Con la crisis de la criminología crítica, este reconocimiento prácticamente ha pasado al olvido. Mientras las declaraciones morales sobre el delito se han transformado en un lugar común, la criminología parece haberse deslizado hacia un vacío normativo donde el lado de las reacciones sociales está involucrado. En orden de facilitar un abordaje actuarial de la justicia, las cuestiones de moralidad necesitan ser homogeneizadas. El rol ideológico del discurso "mano dura" respecto del delito sirve para alimentar la idea hegemónica de que sólo puede haber una sola visión correcta del bien y el mal y sólo una visión correcta de como la "sociedad" debe reaccionar. Una crítica normativa de la miserable práctica actuarial en que el delito es reducido a un problema de determinadas "categorías de riesgo" que sólo necesitan ser monitorizadas, perfiladas y controladas parece particularmente justificada si queremos mantener un sistema legal decente y democrático.

2. Aunque las condiciones concretas han cambiado, los viejos problemas del desempleo, de discriminación de clase, raza y género o de los delitos de los poderosos todavía están ahí, y por eso todavía necesitamos una crítica macrosociológica que incluya éstas cuestiones. Aunque el proyecto de la criminología crítica esté necesitado de revisión, y aunque sus observaciones globalizadoras hayan producido a veces poco avance, sus ventajas teóricas no deberían ser todas olvidadas, por las actuales orientaciones de moda hacia los negocios y administración social que salvan muy fácilmente las cuestiones más centrales de la justicia penal. Es a este respecto particularmente importante analizar las fuerzas concretas que guían un proyecto específico de criminalización. Es una manera muy poderosa de desafiar la todavía dominante idea de que el delito difiere sustancialmente de otros problemas sociales, y subsecuentemente que los delincuentes son una clase particular de personas –tal como lo sugiere el actual renacimiento de las perspectivas biosociales.

3. El contexto económico en que la justicia actuarial ha surgido nos lleva atrás hacia ideologías pasadas de moda, del prebienestar, para las cuales diferentes teorías críticas pueden todavía servir como herramientas analíticas. La exclusión social se mantiene como un *basso continuo* en las causas sociales del delito. Parece ciertamente posible aplicar el marco analítico de los "pánicos morales", que tradicionalmente se han orientado hacia los *moods*, los *rockers* y los "violentos", hacia la construcción de consumidores de drogas como los más "adecuados enemigos" de la sociedad (Christie, 1986) o hacia los "extraños" que no encajan en la era del consumo; la gente que en los lugares públicos está cada vez más confrontada con la pregunta "si tu tienes nada que gastar, ¿qué estás haciendo aquí?" y por eso es tratada como una (potencial) "clase peligrosa" (Bauman, 1995).

4. Las perspectivas orientadas hacia las reacciones sociales frente al delito han sido desacreditadas exactamente mientras las competencias policiales se ampliaban, los sistemas penales se expandían y la entera racionalidad penal de proteger al individuo se reemplazaba por la ilimitada racionalidad, el "marco sin marcos" (Peters, 1993) del control social. Aunque la creciente atención hacia los estudios sobre (las causas de) el delito debería ser bienvenida, no debería ignorarse el valor de los análisis sobre los procesos de criminalización o el fortalecimiento de la ley. A la luz del expansionismo penal pleno e ilimitado de los últimos 15 años o más, los estudios críticos de este proceso son real y particularmente urgentes. Especialmente ahora, el fortalecimiento de la ley se mueve, con su fuerte énfasis en políticas proactivas, su desarrollo de perfiles de riesgo para determinadas categorías de ofensores, y la fijación de los programas de prevención criminal, en luchar con un concepto tan peligrosamente flexible como el de "disturbio" y la igualmente oscura idea de "incivilidades"; más allá de los límites clásicos de legalidad, es crucial hacer un seguimiento de la expansión actual del sistema de justicia penal, así como de la simultánea derivación de la temática del control hacia el sector privado, de forma muy crítica. También debería observarse cuidadosamente el hecho de que la nueva legislación y prácticas policiales en el terreno del crimen organizado no penetrarán a la ley penal ordinaria, tal como las medidas especiales y los decretos de lucha contra el terrorismo lo hicieron a fines de 1970 y comienzos de 1980 –notoriamente en Alemania, Italia o España.

5. Desde la pasada década, podemos ver que el debate público sobre el delito está completamente dominado por estereotipos punitivos de ley y orden. En su deseo de ser "tomados en serio" en el debate político, comúnmente muchos criminólogos tienden a adoptar esta charlatanería administrativa, asustados como están de que nociones sobre el delito y las desviaciones o reclamaciones de respuestas no punitivas, los excluirían a ellos del debate "serio" –esto es, hegemónico– por medio de estigmas tales como el "idealismo" o el "relativismo moral". Esto es bastante comprensible en un espectro político donde el desempeño medio se ha transformado en central, y las estructuras del financiamiento académico para investigación pueden eventualmente transformar en una mera cuestión de supervivencia el obedecer el viejo adagio "de cuyo pan uno come, de cuya palabra uno habla". Otra razón para reafirmar a la

criminología crítica recae, de este modo, en la necesidad de oponerse a estas tendencias "totalitarias", "que son la consecuencia de la osificación de una visión particular, monopolizando la realidad" ('t Hart, 1993). Hay una necesidad democrática por una visualización de la pluralidad de valores y visiones de la realidad. Los abordajes sensibles del abolicionismo, el garantismo o el feminismo podrían ser particularmente valiosos al respecto.

6. Ciertamente, la práctica legal actual, que se confronta con crisis en las políticas, en el fortalecimiento legal, en el sistema judicial y carcelario, debería demandar una búsqueda exhaustiva de alternativas radicales. Si éstas variadas crisis deben ser realmente resueltas, se necesitaría finalmente una forma completamente diferente de ver el problema del delito como tal.

7. La necesidad de una perspectiva crítica es también particularmente apremiante por el futuro de la criminología como una disciplina académica autónoma, ahora que ha, generalmente bajo la presión financiera, conectado su destino bajo una más bien chata "relevancia política". Este desarrollo es tan general y tan dominante, que realmente ha derivado en una monocultura: actualmente es muy difícil encontrar otra criminología que la criminología en que la agenda del Departamento de Justicia forma el alpha y el omega. En virtud de que circulan alrededor del foco tradicional de la justicia penal y son impulsados por los temas políticos del día, los estudios criminológicos son raramente (muy) innovadores o incluso casi nunca arriban a cualquier resultado sorprendente. Los criminólogos pasan casi frívolamente de una moda científica y prioridad política a la siguiente, se refugian en el (mascado de números), o ambas al mismo tiempo. Consecuentemente, existen demasiados estudios ligeros, inconstituidos y superficiales y probablemente muy pocos que aún merezcan ser leídos en 10 años. Una actitud más reflexiva, más distante, hacia la materia en sí misma podría resultar en estudios más profundos, más completos, más innovadores y más duraderos.

8. Reconstruyendo la justicia social

De todas formas, existen buenas razones para estudiar nuevamente a la criminología como una crítica de la ideología. La buena y vieja piedra de toque de la crítica criminológica consistente en la justicia social aún puede cumplir un rol valioso al respecto, porque los análisis sobre el contexto socioeconómico del delito y del control del delito han mantenido su validez –e incluso pueden haber ganado importancia si miramos al declive del Estado de bienestar, la creciente división de la sociedad y la subsiguiente exclusión de las nuevas clases "peligrosas" o superfluas de las sociedades industrializadas. En éstos temas, la crítica criminológica todavía tiene cosas sensibles que decir. De este modo, la desafiante cuestión es cómo adaptar la vieja crítica de la justicia social a la presente constelación cultural, política y socioeconómica.

Si el debate político está dominado por consideraciones técnicas sobre nociones populistas, ya dadas por sentadas, antes que por cualquier argumentación normativa, y los compromisos basados en mantener buenas rela-

ciones con la comunidad de los negocios antes que por lo que es mejor para todos los estratos de la sociedad, la vieja crítica de (su) la ideología ya no parece ser de mucha ayuda. Usar una crítica "contrafáctica" (Habermas, 1981) para abrir un lenguaje de posibilidades alternativas parecer ser más fructífero. Dando vuelta algunos temas centrales de las actuales políticas de ley y orden, "como se debería", y ubicándolos en un marco rector de justicia social, los rígidos estereotipos de ley y orden acerca de los problemas sociales pueden ser quebrados. Este "discurso reemplazador" puede ser aplicado muy bien a tres temas centrales de las actuales políticas de justicia penal que aún tienen una agenda abierta: la seguridad comunitaria, la posición de la víctima, y el rol de la ley en el proceso de formación normativa. Esta investigación puede ser inspirada por una integración parcial de estos campos de "novedosas" criminologías tales como el feminismo, el realismo de izquierda, el abolicionismo y el garantismo.

9. Seguridad comunitaria

La seguridad comunitaria y las políticas de prevención del delito parecen ser un terreno ideal donde una perspectiva no estigmatizadora, mínimamente punitiva, con base normativa y estructural puede ser desarrollada. La misma contradice la idea hegemónica de que cualquier fortalecimiento de la ley debe necesariamente consistir primariamente en castigar a los ofensores. En la práctica penal, las políticas de prevención del delito están, de cualquier modo, guiadas fundamentalmente por consideraciones pragmáticas acerca de la posibilidad de limitar los disturbios a través del incremento del control social formal y los medios técnicos. Esta tesis puede ser dada vuelta argumentando por el mejoramiento de las condiciones de vida, particularmente de los grupos más vulnerables de la sociedad, lo que consecuentemente llevará a un fortalecimiento de los vínculos sociales "naturales" en los barrios. De este modo, la red informal de control social se refuerza de una manera implícita y más estructural. La piedra de toque normativa de la justicia social es usada para criticar los elementos criminógenos del declive del Estado de bienestar. El contexto actuarial en que las políticas de seguridad comunitaria surgieron, la coincidente privatización de servicios públicos y el subsiguiente discurso "responsabilizador" del Estado respecto de las familias, vecinos y maestros, por el cual el Estado principalmente legitima una descarga de sus propias funciones sociales, no son particularmente útiles para el desarrollo de una política socialmente justa sobre seguridad comunitaria. Esto debería efectivamente demandar un mayor cuidado estatal por el bienestar social y por un nivel razonable de seguridad, particularmente en aquellos barrios donde los habitantes no tienen los medios para contratar compañías privadas de seguridad o para tomar medidas preventivas (técnicas y de otro tipo) (de Haan, 1997). Así, la tarea social del Estado de prevenir la división socioeconómica de las ciudades en, por un lado, ghettos, y por otro, áreas residenciales superprotegidas, es remoralizada. A través de la ubicación de las políticas de seguridad comunitaria en el marco de las políticas sociales ordinarias, antes que forzándolas en un marco de justicia penal, el peligro de

una nueva estigmatización penal de los grupos más vulnerables puede ser prevenido (van Swaaningen, 1997, p. 210-218).

10. La posición de la víctima

La idea de que la víctima habría pasado por un proceso emancipador hacia 1980 (Boutellier, 1993), constituye un punto de partida ideal para una investigación acerca de la cuestión de cuáles cambios en el orden procesal podrían facilitar esta alegada emancipación. Primero, la idea actualmente dominante de que los intereses de la víctima serían mejor satisfechos por respuestas retributivas encuentra pequeño apoyo tanto en los estudios victimológicos empíricos como en los estudios jurídicos normativos. Han surgido grandes expectativas, pero aparte del hecho de que hoy las víctimas juegan un papel más amplio en el proceso penal, somos testigos más que nada de una creciente dependencia respecto de instituciones estatales como la policía y el servicio de acusación pública. Esto es, de todos modos, muy poco, porque las tasas de esclarecimiento son muy bajas, sólo un pequeño porcentaje de los casos pueden efectivamente ser probados, y aún existe una enorme carencia de verdadera asistencia mental y material para las víctimas. La racionalidad penal fundamental de la víctima como extraño debe ser confrontada con nociones sobre justicia participativa. Esto permite a la gente expresar su enojo y ansiedad en sus propios términos antes que con un vocabulario penal prefijado. A efectos de realizar esto, el proceso penal debería ser dividido. Una primera fase debería necesariamente ser guiada por la cuestión de qué puede hacerse por la víctima. Ello requiere una investigación seria acerca de las posibilidades de reparación y por medios (terapéuticos y de otro tipo) para que sicológicamente pueda retomar la vida personal nuevamente. Sin embargo, en virtud de que cualquier debido proceso está guiado por el principio de igualdad, el destino del acusado no puede depender de las diferentes demandas y deseos de las víctimas. La siguiente cuestión –¿qué pasará con el ofensor?– debería, por lo tanto, siguiendo la clásica doctrina penal, ser juzgada independientemente de los deseos de la víctima. En este sistema de doble vía, prevenimos que los intereses de las víctimas y aquellos sean jugados el uno contra el otro (van Swaaningen, 1997, p. 220-226).

11. El rol de la ley en la formación de normas sociales

El rol de la ley en la formación de normas sociales también puede ser abordado con un discurso reemplazador. Esto no sólo implicaría una crítica del declive de los guardianes de la legalidad de la justicia actuarial, sino también una reflexión sobre la cuestión de cómo la ley debe ideal-típicamente parecer desde una perspectiva de justicia social. De acuerdo al discurso político hegemónico, el litigio se escapó de las manos hacia 1970. La ley penal le ofrecería al ofensor tantas salvaguardas que un eficiente fortalecimiento de la ley sería difícilmente posible. Esta más bien populística visión puede ser confrontada

con el argumento de que sólo en un porcentaje muy pequeño de casos los derechos del acusado son realmente movilizados. Al igual que la mayoría de los delitos no son detectados por la policía, la mayoría de las acciones policiales jamás son cuestionadas por su legitimidad. No obstante, desde una perspectiva de justicia social el valor protector de la ley es un valor democrático fundamental que indica los límites de la intervención estatal legítima. Los principios legales clásicos y los derechos sociales constitucionales juegan un rol clave para repensar el rol social de la ley penal.

En las visiones clásicas durkheiminianas, la ley penal es el ámbito donde el desarrollo de las normas sociales es simbólicamente reafirmado. En una perspectiva crítica de este tema, el carácter necesariamente recíproco de las demandas morales precisa ser subrayado. Propongo reemplazar la idea penal de imponer las normas y valores "correctos" de antemano, por un marco procesal de formación normativa en que la moralidad es verdaderamente establecida durante el proceso. De este modo, la ley se transformará más en un disenso procesalmente garantizado, que en un guardián de un ficticio consenso sobre la moralidad. Un ámbito legal que ofrezca más espacio para componentes narrativos también refleja una visión más pluralista sobre la formación de normas, lo que parece cuadrar mejor con la actual realidad social y (multi) cultural que el catecismo penal que parte axiomáticamente de la presunción de que las normas penales son inequívocas y de que todas las personas sostienen los mismos criterios de relevancia e interés. En tal marco ideológico no hay espacio para una lucha sobre aparentes conflictos sociales entre ricos y pobres, blancos y negros, hombres y mujeres, empleadores, trabajadores y desempleados. Con ello se subestima la validez de la ley penal como una institución adecuada para la formación normativa (Van Swaaningen, 1997, p. 227-237).

12. Conclusiones

Las "vías de avance" de la criminología implican primeramente un paso atrás respecto del estilo de argumentación pragmático, funcionalista y utilitario que actualmente domina la disciplina. Una lección histórica que puede ser aprendida de la criminología continental europea es que un enfoque subordinado a hacer más "eficiente" el fortalecimiento legal, ofrecerá muy poco contrapeso tanto a las tendencias totalitarias como de políticas gerenciales. Aún cuando la forma ha cambiado, la alerta contra las políticas instrumentalistas de ley y orden es tan relevante hoy como 60 años atrás. Comparar el actual gerencialismo populista y autoritario con las políticas autoritarias de los años 30 puede parecer exagerado, pero existen peligrosas similitudes ideológicas (Quensel, 1989; Christie, 1993). El "nuevo totalitarismo" recae en un nuevo dominio instrumentalista en la disciplina criminológica. A este respecto, hay algunas cosas concretas que aprender de la tradición europea en criminología.

Primero, los estudios criminológicos más críticos de la Europa continental toman explícitamente en cuenta consideraciones normativas acerca de la democrática regla de derecho. Funcionan como un quiebre frente a la urgencia política

de siempre demandar por más y más medidas "eficientes". Particularmente, como éstas medidas generalmente implican un incremento de la "violencia penal", el déficit moral de la racionalidad pragmática puede ser demostrado. La verdadera cuestión es: ¿hasta qué nivel puede una sociedad democrática aumentar el uso de la violencia penal? Una pregunta como "¿es compatible la pena capital o las cuadrillas de presos encadenados entre sí con las veneradas ideas de la democracia moderna, o éstas prácticas realmente testimonian una falta de respeto por la dignidad humana que preferimos reservar para los llamados países 'primitivos'?", no puede ser contestada solamente con argumentos empíricos. El discurso de los derechos humanos ofrece una importante contraparte normativa frente a la crítica empírica de las visiones instrumentalistas del fortalecimiento de la ley. Algunas medidas legales pueden, dentro de una racionalidad instrumental, ser muy eficientes, pero si son "indecentes" o "inmorales" devienen en insostenibles y sustancialmente indignas de confianza en la normativa postulada por el *Estado de Derecho* social, porque el Estado de esa manera bajaría sus propios estándares morales.

Segundo, muchos trabajos teóricos de profesores continentales muestran el valor del razonamiento contrafáctico. La racionalidad que subyace a este estilo de argumentación no funcionalista es que el tipo de influencia que el criminólogo puede tener es probablemente mayor si él o ella demuestra constructivamente otra posible realidad al público en general y también a los políticos, más bien que criticar de forma racional y solamente negativa, la racionalidad penal y la práctica que es delimitada por una visión profesional, administrativa y burocrática del mundo. Estos dos elementos, el estilo de argumentación no utilitario, orientado a valores y la crítica contrafáctica en que los principios no son rechazados ni desacreditados por no ser realizados en la práctica, parecen suficientemente importantes para el futuro de la teoría criminológica.

También es importante reconocer que el patrón básico de la criminología crítica ha mantenido su validez, o incluso ha ganado valor en la época actual. No obstante, si los estudios críticos pretenden contribuir para el futuro de la teoría criminológica, tres de sus conceptos centrales necesitan ser revisados. Aunque la crítica basada en la relatividad moral del concepto de "desviación" no es en todos los aspectos igualmente convincente, efectivamente parece haberse vuelto de menor utilidad. Mientras demuestra el lado etiquetador del delito muy bien, hace poca justicia a la experiencia del delito como comportamiento asocial o egoísta. El término "delito" puede ser una construcción social inadecuada por la cual problemas y conflictos muy diferentes son apilados conjuntamente, pero como construcción histórica y legal es muy real en sus consecuencias. Por eso, desde una perspectiva de las reacciones sociales, el "delito" permanece como objeto central de estudio para los criminólogos, desde que no todos sus significados son abarcados por la noción de desviación. Otros problemas afloran en el ámbito epistemológico. El concepto de desviación parte de la presunción de una norma cognoscible y clara, lo que ha sido severamente atacado por la visión posmoderna de la sociedad. Y al mismo tiempo, el pensamiento posmoderno sobre la "alteridad" puede incitar un interesante renacimiento de la teoría de la desviación.

El término "control social", tal como lo utilizan los criminólogos críticos, ha estado demasiado orientado hacia el Estado. Esa peculiar imagen del control social ofrece muy poco asidero analítico para la explicación de desarrollos actuales tales como la privatización de los servicios públicos y la descarga de funciones estatales y la subsiguiente responsabilización del ciudadano y de la empresa privada (Garland, 1996). Los más o menos adaptados *insiders* de la sociedad de consumo son actual y principalmente controlados por un Orden de Disney (Shearing and Stenning, 1987), en que el control social adopta la forma de la infantilización y la coerción blanda. El control estatal duro, pasado de moda, a través del castigo, se verá crecientemente reservado para aquellas personas en que la incapacitación es vista como la "única solución" –porque ya no son de alguna "utilidad" para la sociedad. De este modo, el estilo de los *gulags* occidentales, tal como Nils Christie (1993) lo denomina, surgirá para grupos de riesgo tales como los inmigrantes (ilegales), los drogadictos, los lunáticos y la superflua clase de los "consumidores inadecuados", que son creados en mayor grado por un círculo vicioso de exclusión penal y social. Las teorías sobre el control social necesitan ser adaptadas a esta fase en el proceso de bifurcación entre el mundo de Disney y el *gulag*. Sin embargo, deberíamos también tener en cuenta que el término control social no está rodeado por connotaciones básicamente negativas y represivas, ya que es muy difícil imaginar una sociedad que pudiera funcionar sin alguna forma de control social. La cuestión de si necesitamos más o menos control social es menos interesante que la pregunta sobre qué tipo de control social queremos. Particularmente a la luz de los debates sobre la seguridad de la comunidad, una conceptualización más comunitaria del control social será necesaria. Esto debería reflejar un nuevo balance de responsabilidades entre el Estado y los ciudadanos.

Un tercer concepto clave de la criminología crítica que se ha convertido en algo (más bien) problemático es la noción de ensanchamiento de la red. Aunque todavía es válido el argumento de que las alternativas a la prisión en realidad han llevado principalmente a un incremento de la penetración del sistema penal antes que a un verdadero reemplazo de un modelo de control social por otro menos punitivo, el argumento del ensanchamiento de la red, en el ámbito de la práctica política, ha bloqueado el rol constructivo de la criminología crítica en la reforma penal. En sentido teórico, ha clausurado el incentivo utópico inicial de la criminología crítica, que resultó en una desalentadora desesperación analítica. Las políticas actuales sobre seguridad comunitaria claramente conllevan el peligro del ensanchamiento de la red también. Debería confiarse en que los actuales criminólogos críticos sean capaces de tratar un poco más creativamente de este tema que sus precursores en 1970. Hay mucho que decir por una posición afirmativa de la seguridad comunitaria, aún cuando éstas políticas bien podrían ensanchar la red de control social. Uno podría, por ejemplo, argumentar que éstas políticas podrían ser medios para traer provisiones sociales a barrios que notoriamente carecen de ellas. La crítica debería, en mi opinión, ser orientada al contexto actuarial y gerencial en que la seguridad comunitaria ha surgido, antes que a la idea en sí misma.

En cuanto a la reforma penal, el enfoque también debería ser más en los cambios potenciales y menos en las imposibilidades. Un ojo atento a los medios legales para obtener determinadas cosas debería vincularse a los análisis socio-políticos. Los tres campos en que un discurso reemplazador puede ser desarrollado todavía son agendas políticas relativamente abiertas que pueden ser llenadas con nociones de justicia social. Este parece un abordaje más fructífero de la reforma penal que la continua corriente de crítica negativa de cada una de las medidas de la administración de justicia. Las reformas penales exitosas normalmente han sido precedidas por una sensibilización del tema, como por ejemplo, demostrando el "dolor" de la violencia penal. Así, la tarea del criminólogo de desenmascarar estereotipos y repetir lo obvio también cumple una importante función política.

Si el actual contexto profesional de fuerte orientación a los resultados continúa, es poco probable que surjan estudios teóricos realmente innovadores. Si el progreso científico debe ser construido, los límites actuales necesitan ser desafiados y nuevas formas deben ser exploradas. Sin embargo, no todas estas nuevas formas generarán suceso, así que el investigador cauteloso que debe producir un cierto *output* en un tiempo limitado evitará tales riesgos y permanecerá en el lado seguro. Sin escepticismo intelectual, sin investigar cuyo resultado no sea garantizado desde el principio, y sin elevar los estudios empíricos concretos a un mayor nivel de abstracción, la criminología es incapaz de producir algún progreso teórico. Consecuentemente se quedará corta en crear modelos explicativos y marcos de referencia innovadores y subsiguientemente devendrá superflua. El futuro de la criminología crítica recae en su habilidad para ofrecer nuevos impulsos, y para transgredir los límites profesionales que ello requiere.

Bibliografía*

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (red.). *Política y justicia en el estado capitalista*. Barcelona : Fontanella, 1978.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale*. Bologna : Il Mulino, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. "The strangers of consumer era; from the welfare state to prison", *Tijdschrift voor Criminologie*, 1995. vol. 37, 3.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft; auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1986.

(*) Las más explícitas elaboraciones de la crítica del actuarialismo a la situación holandesa pueden ser encontradas en mi propio trabajo en éstos temas, respectivamente en Recht en kritiek (1995) 21(1): 13-37 y Justitiële Verkenningen (1996) 22(5): 80-97; en John Blad y Paul Mevis (editores) (1997) Het gelijkheidsbeginsel, Deventer : Gouda Quint, p. 53-68; en Justitiële Verkenningen (1995) 21(3): 63-87; en Mick Ryan, Joe Sim y Vincenzo Ruggiero (editores) (1995) Western European Penal Systems; A Critical Anatomy. London : Sage, p. 24-45; y en Process (1997) 76(11/12):193-198.

BECKER, Howard S. "Whose side are we on?", *Social Problems,* 1967. vol. 14.

BEIRNE, Piers. *Inventing criminology.* New York : State University of New York, 1993.

BIANCHI, Herman y SWAANINGEN, René van (red.). *Abolitionism; towards a non-repressive approach to crime.* Amsterdam : Free University Press, 1986.

BOUTELLIER, Hans J. C. *Solidariteit en slachtofferschap; de morele betekenis van criminaliteit in een postmoderne cultuur.* Nijmegen : Socialistiese Uitgeverij, 1993.

CHRISTIE, Nils. "Suitable enemies", in Bianchi y Van Swaaningen, 1986. Christie, Nils. *Crime control as industry; towards gulags western style?* London : Routledge, 1993.

COHEN, Stanley. *Social control and the politics of reconstruction,* Nelken, 1994.

FEELEY, Malcolm y SIMON, Jonathan. *Actuarial justice; the emerging new criminal law,* Nelken, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale.* Bari : Laterza, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir; naissance de la prison.* Paris : Gallimard, 1975.

GARLAND, David. "The limits of the sovereign State; strategies of crime control in contemporary society", *British Journal of Criminology* 36ste jrg., n. 4, 1996.

———. "On crimes and criminals; the development of criminology in Britain", in Maguire *et alii,* 1997.

HAAN, Willem J. M. de. *The politics of redress; crime, punishment and penal abolition.* London : Unwin Hyman, 1990.

HAAN, Willem J. M. de. *'t Kon minder; geweldscriminaliteit, leefbaarheid en kwaliteit van veiligheidszorg.* Deventer : Gouda Quint, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns.* 2 vol. Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1981.

HART, August C. *'t. Totale instituties en het totalitaire.* Arnhem : Gouda Quint, 1993.

HENRY, Stuart y MILOVANOVIC, Dragan. *Constitutive criminology; beyond postmodernism.* London : Sage, 1996.

LEO, Gaetano de y SALVINI, Alessandro. *Normalità e devianza; processi scientifici e istituzionali nella costruzione della personalità deviante.* Milano : Mazzota, 1978.

LÜDERSSEN, Klaus y SACK, Fritz (editores). *Seminar: abweichendes Verhalten II, die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität I.* Frankfurt a.M. : Suhrkamp, 1975.

MAGUIRE, Mike, Morgan, Rod y REINER, Robert (editores). *The Oxford handbook of criminology.* Oxford : Clarendon Press, 1997.

MATHIESEN, Thomas. *Law, society and political action; towards a strategy under late capitalism.* London : Academic Press, 1980.

MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *Carcere e fabbrica.* Bologna : Il Mulino, 1977.

NELKEN, David. (ed.) *The futures of criminology*. London : Sage, 1994.

PETERS, Antonie. AG *Recht als kritische discussie*. Arnhem : Gouda Quint, 1993.

PRITTWITZ, Cornelius. "Risiken des Risikostrafrechts", in Detlev Frehsee, Gabi Löschper y Gerlinda Smaus (editores), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*. Baden-Baden : Nomos, 1997.

QUENSEL, Stephan. "Krise der Kriminologie; chancen für eine interdisziplinäre Renaissance?", *Kriminalsoziologische Bibliographie*. 1989. vol. 16, n. 62.

ROBERT, Philippe y OUTRIVE, Lode Van (editores). *Crime et justice en Europe; état des recherches, évaluations et recommandations*. Paris : L'Harmattan, 1993.

SACK, Fritz. "Definition von Kriminalität als politisches Handeln; der labeling approach", *Kriminologisches Journal*, 1972. vol. 4.

SCHEERER, Sebastian. "Limits to criminal law?", in Bianchi y Van Swaaningen, 1986.

SCHEERER, Sebastian. "Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses – und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle", in Trutz von Trotha (ed.), *Politischer Wandel, Gesellschaft und Kriminalitätsdiskurse; Beiträge zur interdisziplinären wissenschaftlichen Kriminologie – Festschrift für Fritz Sack zum 65. Geburtstag*. Baden Baden : Nomos, 1996.

SCHUMANN, Karl F. "Labeling Approach und Abolitionismus", *Kriminologisches Journal*, 1985. vol. 17.

SGUBBI, Filippo. *Il reato come rischio sociale*. Bologna : Il Mulino, 1990.

SHEARING, Clifford D. y STENNING, Philip C. "Say 'cheese!'; the Disney order that is not so Mickey Mouse", id. (editores), *Private policing*. Newbury Park : Sage, 1987.

SMAUS, Gerlinda. "Versuch um eine materialistisch-interaktionistische Kriminologie", *Kriminologisches Journal*. Beiheft, 1986. vol. 18, 1.

STEINERT, Heinz. "Fin de siècle criminology", *Theoretical Criminology*, 1997. vol. 1, n. 1.

SUMNER, Colin. *The sociology of deviance; an obituary*. Buckingham : Open University Press, 1994.

SWAANINGEN, René van. *Critical criminology; visions from Europe*. London : Sage, 1997.

TREIBER, Hubert y STEINERT, Heinz. *Die Fabrikation des zuverlässigen Menschen; über die Wahlverwandschaft von Kloster und Fabriksdisziplin*. München : Moos, 1980.

WALTON, Paul y YOUNG, Jock (editores). *The new criminology revisited*. London : Macmillan, 1998.

YOUNG, Jock. "Radical criminology in Britain; the emergence of a competing paradigm", in Paul Rock (ed.), *A history of british Criminology*. Oxford : University Press, 1988.

3.4

LA CRIMINOLOGÍA HOY: POLÍTICA CRIMINAL COMO SÍNTESIS DE LA CRIMINOLOGÍA.
Política penal y relaciones con la teoría de la responsabilidad. Un control social alternativo o la criminología de los Derechos Humanos

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

SUMARIO: 1. Muchas criminologías, muchas políticas criminales – 2. Venturas y desventuras de la llamada política criminal alternativa. El entorno histórico – 3. Política criminal alternativa y política penal – 4. Criminología y derecho penal críticos. Reflexiones en torno a la dogmática penal. Una nueva visión de la responsabilidad penal – 5. Propuestas desde la realidad de América Latina – 6. El derecho penal mínimo (Ferraioli y Baratta) – 7. La llamada descriminalización – 8. Propuestas para otras ramas del sistema penal – 9. En la Justicia de Menores – 10. Una interpretación progresiva de la categoría "Jueces Naturales" – 11. En lo penitenciario – 12. La función policial y la prevención – 13. Otras propuestas posteriores.

Resumo: O artigo analisa o estado atual da criminologia, sintetizando os rumos tomados pelo pensamento criminológico pós-moderno. Apresenta propostas de política criminal coerentes com a realidade da América Latina.

Palavras-chave: Criminologia – Criminologia crítica – Política Criminal – Responsabilidade penal – Direito Penal Mínimo.

Pareciera que han terminado los intentos de construir "teoría criminológica". Tanto la criminología causal-explicativa positivista, como las rupturas epistemológicas que dieron lugar a las criminologías interaccionista y crítica, han cesado los debates que las fundamentaron, dando por sentado que todo está dicho, o que, en todo caso, hay poco nuevo que decir.

No se ha llegado a renuncias, sin embargo, aún cuando, de lado y lado, ha habido algunas flexiones hacia posiciones menos rígidas o fundamentalistas. La Criminología Interaccionista insertó una importante interrogación que hizo de la relatividad el inicio de una discusión más plural, más abarcante, menos ciega frente a las afirmaciones limitadas del positivismo criminológico. La Criminología Crítica introdujo el tema del poder y de los intereses, hizo de la sociedad y de sus males un análisis más profundo y totalizador, e incluyó el compromiso con la justicia social como una tarea necesaria de la

criminología. De lado y lado hay verdades tan grandes que no pueden ser ignoradas.

Algunos acercamientos han coincidido en espacios comunes. Acaso el espacio más común ha sido el de la Política Criminal, alternativa o no. Y es porque el tema del control social es hoy el único que aún se discute. Esto tiene una razón de ser:

La crisis socioeconómica que sacude a América Latina como consecuencia de los ajustes solicitados por la globalización y los apremios de la deuda pública; el abandono del modelo asistencial, y el consiguiente agrandamiento de los sectores económicamente desprotegidos; todo ello sumado a la creciente desconfianza en el sector público, considerado corrupto e ineficiente, y al declinar de su autoridad "moral", ha producido una particular actitud colectiva y una consiguiente respuesta política frente al tema del control del delito. Aún cuando lo delictivo fue siempre un tema centralmente político, pareciera que nunca como ahora el tema delictivo se había politizado tanto. La represividad no es sólo la demanda, sino que parece también ser la respuesta. Lo peligroso, pues, parece ser que estemos frente a un despeñadero por donde se escurran todos los avances del desarrollo espiritual de la humanidad, entre ellos los Derechos Humanos en el terreno del sistema penal. No sería sorprendente, pues ya los Derechos Humanos parecen haber perdido espacio en el modelo de la liberalización y el imperio del mercado, que prácticamente lanzan a los individuos, equipados o no que estén para estos embates, al recurso no siempre exitoso y sí muchas veces letal, del *self help* o autoayuda. No sería tampoco sorprendente, porque el mismo Derecho ha comenzado a perder su eficacia y validez. Ante una sociedad globalizada, sin más límites ni más territorio que el de Internet, la capacidad de gobernabilidad a través del Derecho se diluye.

Por cierto, que ya no se haga más teoría criminológica y que se privilegie el momento del control, parece conducir a ratificar el cuestionamiento, ya antiguo, de una división entre Criminología y Política Criminal por parte de quienes ven, como veremos más adelante, en algunas de las tendencias mencionadas al inicio, la identidad de la que se dice Criminología con la Política Criminal.

Así, pues, el tema del control social se hace cada vez más importante en todos sentidos. Un control que no signifique opresión, sino liberación de las capacidades y energías positivas del ciudadano y las instituciones, está estrechamente ligado no sólo a una particular concepción de la criminología, sino básicamente a una concepción de la democracia.

El diseño de ese control es asunto de lo que se ha llamado (aunque pudiera llamarse de otra manera) "Política Criminal". En realidad, este término es menos que satisfactorio. No sólo desde el punto de vista estrictamente gramatical (¿ por qué una política de cualquier tipo, es decir, un arte para manejar problemas determinados, puede ser "criminal", si no está destinada a "cometer delitos"?); sino también desde un punto de vista ideológico. En efecto, la expresión "criminal" tiene connotaciones que remiten directamente a una concepción predefinida de las conductas. La única virtud de esta denominación es que remite directamente, para expresarse como su opuesto, a una expresión ya acuñada por la vieja

criminología. La utilizaremos, sin embargo, porque, en la evolución de estos conceptos, es así como se le ha venido llamando.

La Política Criminal se ha dicho que es un arte. En realidad, es la aplicación de conocimientos o de valores a una realidad social determinada, que se quiere transformar. Es, pues, una labor de ingeniería social –o política–, según los casos.

Por tratarse de una cosa tan delicada como es la manipulación de actitudes, valores, personalidades, por una parte; y de la implantación de un orden predeterminado sobre un conglomerado, por la otra, la cuestión ética se presenta como una condición: ¿Cómo pensamos que debe ser una sociedad? ¿Cuál es el orden que queremos? Es decir, no solamente: ¿Cómo queremos que se comporten las personas? Sino también: ¿Cómo queremos que sean el orden, el control, el Estado, el Poder? ¿Cuál es el grado de felicidad, de satisfacción, y de emancipación general que este orden debe procurar?

1. Muchas criminologías, muchas políticas criminales

No nos cansaremos de insistir en que no hay una Criminología, sino muchas. Por eso, la cuestión de cuál es la clase de Criminología en la cual creemos, y por lo tanto, a la cual nos afiliamos, es la única que puede orientar las funciones que propone, tanto al sistema social como al sistema penal.

La criminología positivista que, como se sabe, no cuestiona el orden dado, intentará incidir en la conducta de las personas o las comunidades, tratando de adecuarlas a lo establecido en las Leyes. Ejemplo de esto son los equipos clínicos tradicionales, que no tratan de ayudar a las personas a comprender el significado de sus conductas, con el fin de que puedan ejercer libremente sus opciones, sino de enseñarlas a comportarse según el orden dado, o facilitar su inserción en el modelo dominante. Son, como se sabe, criminología positivista tanto la Clínica como la Sociología de la Desvación, que en algunas de sus derivaciones también se ha denominado funcionalista.

Para una Criminología Clínica, la responsabilidad penal estaría en función de la capacidad de entender y de querer demostrada por los delincuentes en los estudios psicológicos, psiquiátricos y sociales de su entorno inmediato.[1]

Ejemplo de Política Criminal Positivista es también el famoso *Chicago Area Project*, de la sociologista Escuela Ecológica de Chicago, orientada a mejorar el hábitat cultural, económico, material, de los sectores que habitaban las áreas consideradas críticas, generalmente ubicadas al lado del centro comercial o financiero de la ciudad, según mapas ecológicos: lugares donde se hacinaban los inmigrantes, los pobres, las prostitutas, y hasta los tuberculosos; en fin, de los que no tenían más remedio que ubicarse allí y, como consecuencia, medrar de la zona

(1) Sobre los diferentes tipos de Criminología, véase Lola Aniyar de C. *Criminología de la liberación*. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1987.

central de negocios, a la cual se suponía que estaban simbióticamente, y por lo tanto ecológicamente, articulados.

Lo que no se planteó, en esa perspectiva socio-biologicista de zonas simbióticamente interdependientes, fue el análisis del precio inmobiliario en esas zonas, que era muy alto a pesar de que ya no eran aptas para el uso residencial, y de la capacidad adquisitiva de quienes iban allí a morar por necesidad.

La Criminología positivista sociológica, que fue sin duda ya un gran avance ante la Clínica, no hace expresas propuestas de responsabilidad penal, aunque códigos penales modernos, y alguna doctrina, pueden dar importancia bien a la corresponsabilidad social sobre la base de la pertenencia del imputado a zonas de "desorganización social"; bien atenuantes genéricas en virtud de una interpretación progresiva de los motivos del imputado.

Algunos han hablado de una Criminología Organizacional, para referirse a la que simplemente se ocupa de la eficacia y el correcto funcionamiento de los órganos del sistema penal. Esta, en realidad, no es otra cosa que política criminal positivista, al no cuestionar el orden, y limitarse a procurar que éste funcione de acuerdo a lo previsto.

La Criminología Interaccionista, por su parte, al enfatizar la intersubjetividad –y por lo tanto, la relatividad de la asignación del estatus de criminal–; y poner de esta manera sobre el tapete los procesos de criminalización –en vez de la persona o sus cualidades–, necesariamente influirá en una perspectiva diferente de la Política Criminal. Así, mientras una parte de esta Criminología, la típicamente norteamericana del etiquetamiento o *labeling approach*, pudiera asimilarse al positivismo al insistir en los efectos criminógenos del señalamiento, y por lo tanto insiste en lo negativo de la criminalización secundaria que se produciría como consecuencia de ese etiquetamiento, la tendencia llamada del interaccionismo crítico, de una parte de la doctrina alemana, al puntualizar la selectividad política del control, se afilia a la criminología crítica y participa de sus maneras de hacer Política Criminal.

Por supuesto, como todo movimiento nuevo que nace rechazando planteamientos que considera política y racionalmente injustos, la Criminología Crítica se inicia en términos de confrontación. Este fue, pues, como otras veces hemos dicho, el momento de la Antítesis. Se trataba de partir de cero, de destruir lo que se construyó sobre bases cuestionadas, de debelar lo oculto tras el discurso oficial del control.

Toda revolución, incluida la del pensamiento, toda ruptura de cadenas, implica un estado de ánimo, una voluntad de negar, y el condimento necesario de una cierta agresividad verbal. La Criminología Crítica, muy de acuerdo a un movimiento histórico y global desestructurante que dio paso a la posmodernidad en todas las manifestaciones del arte, la filosofía, el pensamiento político, etc., constituyó una verdadera revolución del pensamiento, y dio una vuelta radical al mundo académico y al ámbito de los llamados encuentros científicos; creó nuevas secciones en las bibliotecas, cambió los currículos de criminología y hasta algunos de derecho y procedimiento penal, e interesó a los intelectuales de buena fe, incluidos muchos juristas progresistas que se acercaron a sus planteamientos,

algunos de los cuales se convirtieron en verdaderos criminólogos críticos. (La necesaria identidad, por cierto, de penalistas críticos y criminólogos críticos, ha sido propuesta por algunos autores que entienden que el criminólogo crítico debe ser, a la vez, penalista crítico, y viceversa (Bustos),[2] o que la herencia de la criminología crítica debe estar orientada a la construcción de una dogmática penal mínima (Larrauri).[3]

El mundo de la llamada "cuestión criminal" se abrió a partir de entonces hacia insospechadas amplitudes. Los nuevos temas se multiplicaron, los viejos temas fueron asumidos desde otra perspectiva –lo que les asignó un relevante valor sociológico y político–, y los objetivos se diversificaron. El tema del control, de lo definicional, del poder y de los intereses, se manifestó en todas las áreas que se investigaron, aunque fueran tradicionales en la criminología. Se rediscutió el derecho a castigar, se comenzó a vaciar el Código Penal de incriminaciones, primero en las propuestas de "*radical non intervention*" (Schur); en los procesos de descriminalización que ocuparon por mucho tiempo espacio en libros, seminarios, discusiones legislativas, trabajos en el Consejo de Europa; y –en su más radical expresión–, se propuso la abolición *tout court* del sistema penal, a través de una revalorización de las soluciones privadas a los conflictos.

El momento de la antítesis, pues, fue el momento del Descubrimiento. De la indignación, la proclama y la evangelización. Luego vino el momento de construir la alternativa. Las alternativas que fueron surgiendo dependían de los diferentes cultores y de sus afiliaciones culturales, sociales e ideológicas. Cada entorno regional tenía que enfrentarse a diferentes maneras de hacer criminología en sus espacios geográficos. La Clínica y la Escuela de la Defensa Social predominaban en la Europa Continental, así como la llamada Criminología Organizacional predominaba en la Europa anglosajona. En América Latina todavía dominaban los modelos clínico y defensista. Lógicamente, había temas (y alternativas) que dependían tanto de esas realidades como de sus diferentes grados de desarrollo político y social. Los temas referidos a los marginales, a los de la delincuencia económica y la corrupción política y administrativa, los referidos a la mujer, a los indígenas, a los presos sin condena, a los operativos policiales y las leyes peligrosistas de manejo administrativo (como las Leyes de Vagos y Maleantes), tenían en nuestro subcontinente niveles de urgencia e incidencias peculiares, aunque en algunos casos el interés fuera coincidente con el de algunos países europeos (como por ejemplo, Italia, para el tema de la corrupción administrativa y de las Leyes de Excepción).

Algunos de estos casos, como los delitos cometidos por abuso de poder, los delitos contra la mujer y la violencia doméstica en general –contradictoriamente con la mayoría de los planteamientos críticos en torno a la disminución de lo penal–, llevaron a propuestas de criminalización y de sobrecriminalización.

(2) Juan Bustos. "Criminología crítica y derecho penal latinoamericano". *Criminología crítica*, Primer Seminario. Medellín : Universidad de Medellín, 1984.

(3) Elena Larrauri. *La herencia de la Criminología Crítica*. México : Siglo XXI, 1991.

Es a partir del surgimiento de la Criminología Crítica cuando se comienza a decir que Criminología y Política Criminal son la misma cosa. Aun un autor positivista como Heinz Zipf,[4] dice: "si se concibe la criminología, en conjunto, como ciencia primariamente empírica, puede oponerse a ella una política criminal valorativa. En cambio, si se concibe la Criminología como parte de una Teoría Crítica de la sociedad, coinciden en cambio en grado considerable Criminología y Política Criminal". Por su parte, según Zaffaroni y Hess, al entender que en la criminología el hilo conductor es el poder –(como lo hemos entendido nosotros)–, no tendría sentido "diferenciar ambas pues la política criminal, más que política estatal que orienta la lucha contra el crimen, sería la ideología política que orienta el control social punitivo".[5] Para el "realismo marginal" de Zaffaroni, "todo saber criminológico está previamente delimitado por una intencionalidad política y la Criminología no es una ciencia, sino el saber –proveniente de múltiples ramas– necesario para instrumentar una decisión política, cual es la de salvar vidas humanas y disminuir la violencia política".[6]

2. Venturas y desventuras de la llamada política criminal alternativa. El entorno histórico

En Italia, en 1975, surge tal vez por primera vez la idea de elaborar lo que se llamó "una Política Criminal Alternativa" global y articulada, y no sólo para algunas áreas de interés emergente.

Esto tiene también relación con el entorno histórico: el interés surge ante la posibilidad de un triunfo electoral de la izquierda en Boloña, lugar donde se reunía prioritariamente el Grupo Crítico italiano en torno a la revista *La Questione Criminale*. Un volumen de esta revista se le dedica a la discusión sobre Política Criminal.[7] Existía en Italia un movimiento obrero organizado, y el problema no era el de la marginalidad, como se le conoce en los países latinoamericanos, sino el de la clase trabajadora, a la cual se le reconocía como aquella que resultaba "preferiblemente victimizada por el sistema penal". Se habla, pues, de una Política Criminal de la Clase Obrera. No pretendía el Grupo, por cierto, asumirse como vanguardia, y descubrir e imponer una determinada Política Criminal al Movimiento Obrero, en un momento en el que se preveía una transición al socialismo. Bricola habla claramente de "identificar las líneas de desarrollo de una

(4) Zipf, citado por Mauricio Martínez. "El estado actual de la criminología y de la política criminal", en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n. 2. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, agosto, 1999. p. 48.

(5) Ibíd.

(6) Ibíd.

(7) Sobre todo esto, véase *La Questione Criminale* 3, Bologna, Societá Editrice Il Mulino, anno 1, sitembre-dicembre, 1975.

Política Criminal del Movimiento Obrero", y, por lo tanto, de "verificar las posibilidades de que ésta, como un todo, sea llevada adelante por el mismo Movimiento".

Entre otras cosas, se proponía "evitar la reducción característica que lleva a identificar la cuestión criminal como un problema de orden público", lo que sin duda era muy significativo, dado el tratamiento ideológico de "estado de guerra" que siempre se le ha dado a la "lucha contra delincuencia". A la vez, se reconoce la necesidad de construir también una Política Penal –como profundas reformas de estructura–, ya que la Política Criminal no debería ser sino una parte más de la Política Social. Sólo como *extrema ratio*, se propone el recurso a la sanción penal. Ante la expectativa de una real posibilidad de participación en entes regionales que definen la política social, esta asimilación de Política Criminal a la Política Social abriría el camino para realizar, también, una Política Criminal.

El marco histórico era no solamente ése, de carácter local, sino el de la avanzada de las socialdemocracias en el mundo y el de la emergencia de regímenes socialistas. También influye el análisis que previamente se vino haciendo en otras dos revistas vinculadas a Bologna: *Quale Giustizia* y *Politica del Diritto*, otra antigua tradición italiana de pensamiento de izquierda con buena resonancia en la audiencia social e, inclusive, el electorado. Todo ello contribuyó a entender la "politicidad del Derecho" (Neppi Modona).

A partir de ese momento, entonces, el Grupo de Boloña asume la asimilación de la Política Criminal a la Política Social. Esta propuesta rápidamente desaparecería no sólo por el desencantamiento ante las reales posibilidades de intervención y cambio en la esfera política, como ante las objeciones que se produjeron; entre otras, la relación que parecería derivarse de allí, en el sentido de que habría una etiología de lo delictivo. Y ello no se correspondía con la asunción de lo delictivo como mera atribución, es decir, algo puramente definicional.

Igualmente, la expresión Política Criminal del Movimiento Obrero, o de la clase trabajadora, como se expresó precedentemente, fue un tiempo después reconsiderada dentro del mismo Grupo, al evaluar que "Movimiento Obrero" no era necesariamente asimilable a clase trabajadora, y/o que éstos no eran necesariamente asimilables a clase subalterna. Muy pronto, el mismo Baratta,[8] al referirse al referente material de delito, incluye el concepto de "intereses generalizables", como elemento del mismo, aunque no deja de mencionar su "necesaria potencialidad emancipatoria".

Posteriormente, muertas las esperanzas de una transformación como la prevista, y como parte del movimiento hacia la síntesis que en algunos casos significó una vuelta al pasado –lo cual motivó más de una referencia a la muerte

(8) Véase Baratta. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Capítulo Criminológico*. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia.

de la criminología crítica (Melossi, Pavarini, entre otros)–,[9] se propondría por parte de este mismo Grupo, el cual dedicó a este debate un ejemplar completo de la revista *Dei delitti e delle pene*, –revista en la cual se transformó la antigua *La Questione Criminale*– la búsqueda de un "referente material del delito". Los más delicados razonamientos sobre el particular se deben sin duda también a Baratta.

Es decir, a partir de entonces, se reconoce que hay "conductas socialmente dañinas", que no son necesariamente las reconocidas oficialmente, y que, por lo tanto, las incriminaciones, 'al menos provisionalmente', son necesarias, pero que deben ser integradas a un sistema de valores alternativos. Esto ya representaba un cambio importante en el pensamiento crítico: de una negación del sistema penal, se pasó a una posibilidad de uso del mismo, y se abrió el camino a reformas dentro de un sistema social y político que seguía, de todos modos, siendo cuestionado.

Se abre así la posibilidad de discutir una "Política Penal Alternativa".

3. Política criminal alternativa y política penal

Hasta ahora hemos hablado de propuestas de política criminal alternativa refiriéndonos, indistintamente, tanto a las que van en dirección de asumir medidas de ingeniería social, o modificaciones estructurales, como las que se dirigen específicamente a lo penal. En realidad, en este último caso, estamos específicamente en el campo de la Política Penal. Es decir, que la Política Criminal sería el género y la Política Penal la especie.

A la Política Penal corresponden las siguientes propuestas: la búsqueda de un referente material de delito que permita elaborar incriminaciones que obedezcan al interés general (Baratta);[10] la propuesta de la criminalización prioritaria de los intereses difusos o generalizables (Sgubbi); la propuesta de incriminar las violaciones a los Derechos Humanos reconocidos por la Carta de Naciones Uni-

(9) Massimo Pavarini. "Cómo resistir: control social y saber crítico", en *Capítulo Criminológico* 22. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1994. p. 23-61.

(10) Sobre los diferentes aportes de Baratta en esta materia, véase sus trabajos: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Capítulo Criminológico* 13. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1985; "¿Tiene futuro la criminología crítica?" en *Capítulo Criminológico* 23. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1995; "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", en *Capítulo Criminológico*. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia; y su libro: *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*. México : Siglo XXI, 1986.

das (Schwendinger);[11] u otras propuestas (Aniyar)[12] relativas a cómo identificar aquellas necesidades reales fundamentales que Baratta sugirió como base para ubicar aquel referente material.

Dentro del margen del Derecho establecido, aprovechando el doble discurso del Derecho Penal liberal, está asimismo una propuesta importante por sus inmensas posibilidades reales, aunque después por algunos (sólo algunos) rechazada: el llamado Uso Alternativo del Derecho, al cual nos referiremos posteriormente.

Corresponden también a la Política Penal: la Descriminalización, y la Abolición del Sistema Penal, que más que una Política Penal, es su negación, la cual es la propuesta más radical, ante la cual emerge la posición de mantener un Derecho Penal Mínimo (Ferraioli y Baratta).

Igualmente, son Política Penal las críticas que se han hecho al concepto de responsabilidad penal.

4. Criminología y derecho penal críticos. Reflexiones en torno a la dogmática penal. Una nueva visión de la responsabilidad penal

Todo el esfuerzo de síntesis que se ha hecho hasta el momento, y que ha sido en parte resultado de las relaciones entre juristas y criminólogos críticos, puede ser observado en las referencias que se han hecho –algunas ya mencionadas– a la responsabilidad penal.

Desde una concepción que intenta rescatar la escasa producción marxista originaria, en 1982, Bergalli, muy vinculado al Grupo de Boloña, propone una Política Criminal para la Clase Trabajadora en Argentina, interesante por su referencia a la responsabilidad penal.[13] Como se sabe, las escasas aproximaciones de Marx a la cuestión criminal habían tenido un matiz positivista por su referencia casi-determinista a lo criminógeno existente en la situación de subordinación y marginación de las clases seleccionadas para integrar las instituciones penitenciarias. De hecho, Marx rechaza que el hombre sea libre y capaz de determinarse. (Por eso también la obra de Bonger, que fue ortodoxamente marxista, es hoy considerada, contradictoriamente, positivista). Pero incluso algunos autores de la izquierda británica, en la época en la que escribieron "La Nueva Criminología", como Taylor Walton e Young, luego convertidos en los "nuevos realistas", partían del principio de una libre determinación de la

(11) Herman y Julia Schwendinger. "Clases sociales y la definición del delito", en *Capítulo Criminológico* 13. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1985.

(12) Véase Lolita Aniyar de Castro. "La nueva criminología y lo criminalizable", en *Capítulo Criminológico* 15. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1987.

(13) Sobre su propuesta, ver Roberto Bergalli. *Crítica a la criminología.* Bogotá : Temis, 1982. p. 217 *et seq.*

conducta delictiva). Bergalli extrae de las obras de Marx sus trabajos sobre "la superstición cristiana y burguesa que 'han pasado a fundamentar la moderna doctrina de la culpabilidad como "conciencia y voluntad" del delito', que estaría en la base de la libertad y de la responsabilidad individual", las cuales, dice, "han pasado a fundamentar el Derecho Penal liberal moderno"; a la vez que rechaza la concepción teológica de la sanción "como instrumento de enmienda y de terapia anticriminal".

Para Bergalli, esta actividad de culpabilizar y responsabilizar a las personas se contrapone a la de desresponsabilizar y exculpar a la sociedad, "... desocializando esa culpabilidad y esa responsabilidad", lo cual haría mediante las siguientes "tres técnicas del derecho penal burgués: a) la construcción de tipos abstractos de delito, mediante la cual son definidos y seleccionados como hechos antisociales ciertos comportamientos atribuibles (conciencia y voluntad) a personas; b) el proceso y la condena como solemnes momentos de identificación pública del individuo-persona, por medio de la identificación de su 'conciencia y voluntad' criminales; y, c) la represión bajo forma de estigmatización y de marginalización social, ya sea mediante la privación de libertad o de la inscripción de la condena en el respectivo registro judicial, con la consecuente constitución del status criminal...". A esto agrega las constataciones, que han sido reiteradas por la Criminología Crítica, de la selectividad del control, de que hay conductas nocivas que no son incriminadas, que no todos los delitos son perseguidos, y que no todos los perseguidos son sancionados, lo que explicaría, dice, "el carácter proletario o subproletario de la criminalidad que reflejan las estadísticas tradicionales (...) y la 'tendencia al delito' atribuida a las capas subalternas".

Todo esto lleva a la concreta propuesta de política penal, que encontramos en Zaffaroni (1982, 1985), de la coculpabilidad, o, lo que es lo mismo, del reconocimiento jurídico del carácter social de la responsabilidad penal.

De la misma manera, Baratta (*Capítulo Criminológico,* órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, n. 16, 1988) articula las nuevas teorías dogmáticas de la responsabilidad con una Política Criminal Alternativa: él explica cómo, por una parte, la ciencia social estudia los conflictos al interior de un concepto amplio de situación que abarca potencialmente a todo el sistema social, de manera que el comportamiento individual no es más que una variable dependiente, mientras que, por la otra, "lo ficticio jurídico" tiene como consecuencia la necesaria negación del carácter ontológico de los requisitos subjetivos de la responsabilidad: la imputabilidad y la culpabilidad. Se remite a lo dicho por Hart (1951) en el sentido de que los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad, serían atributivos y no descriptivos, y que por lo tanto, constituyen variables independientes. Es decir, que la determinación de la responsabilidad es una imputación de responsabilidad y los presupuestos de tal determinación son criterios normativos construidos por el Derecho, que corresponden, no a hechos, sino a tipos de hechos (las figuras delictivas). Estas condicionan normativamente y no "ontológicamente la imputación de responsabilidad (p. 76) (...) Todas las características sobre las cuales se basa la motivación de la sentencia de condena (...) son reportadas, en la

más rigurosa investigación sociológica sobre el proceso penal, al estatus social del imputado y a los estereotipos de lo criminal y de criminalidad de los que son portadores los órganos de la justicia penal (...)" (p. 77 y ss.).

En efecto, las teorías modernas de la culpabilidad han evolucionado desde la teoría normativa de la culpabilidad, basada en la reprochabilidad de la acción (Frank), pasando por Kohlrausch –el reconocimiento de la libertad de actuar como un artificio del legislador–; Ellscheid –la imposibilidad de determinar judicialmente el pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad, el haber podido "actuar diversamente"–; y Roxin y Jakobs –el reconocimiento de la independencia lógica del juicio respecto del pretendido supuesto ontológico (ibíd p. 78). Esto, para Baratta, no es sino un progreso de la "mala conciencia", pues al no poder modificar la aplicación de la pena, se hace al proceso más irracional, y la pena-sufrimiento aparecería como inevitabilidad de la violencia del sistema penal. De esta manera, la crisis de la teoría de la culpabilidad se convertiría en crisis de toda la teoría de la pena y de la responsabilidad penal.

Como propuesta de Política Penal, Baratta sugiere la opción crítica: que los actores del proceso vivan la experiencia del sistema penal, desde adentro del mismo, con la conciencia de esta artificialidad, con el fin de limitarle sus efectos negativos sobre los derechos del imputado y de la víctima, y los costos sociales que el sistema penal implica. Y es que, como afirma, los intentos de superar los formalismos del Derecho no significarán jamás un progreso del mismo hacia formas más elevadas de civilización, mientras se mantengan inalteradas las relaciones de poder y sujeción, y la violencia punitiva. Sin embargo, esto no significa su aprobación de prácticas, o normas que las permitan, subjetivistas por parte de los operadores del aparato penal, tal como fueran introducidas, por ejemplo, en el régimen nacional socialista. Por eso, aspira a una concepción del proceso penal que permita a todas sus partes vivir la experiencia de los "artefactos de la Justicia" a través de la realidad social, en vez de vivir la realidad social a través de los artefactos de la Justicia (ibíd, p. 78).

5. Propuestas desde la realidad de América Latina

Las particularidades multiétnicas en América Latina, por su parte, orientan las propuestas de respeto y valorización de la pluralidad normativa –lo que se ha llamado "asignación múltiple de significados"–, al descubrir la existencia, en la sociedad, por una parte, de una verdadera "interlegalidad" (Santos), así como la eficiencia de las Rondas Campesinas (Irigoyen) en Perú, que hoy ha influido en el desarrollo dogmático-penal; y del llamado "otro Derecho" en Colombia o en Brasil.

El legado multiétnico y la presencia de grandes masas de población campesina, tenían también que influir en la doctrina y la legislación para incluir el error insuperable de derecho como causa de inculpabilidad.

En el caso de Argentina, por otra parte, juristas y criminólogos críticos, a raíz de la experiencia del proceso militar, trabajaron temas que deberían influir en la responsabilidad penal, como fue el caso de la obediencia legítima y debida.

6. El derecho penal mínimo (Ferraioli y Baratta)

En el caso de Ferraioli, la motivación expresa es el temor al desbordamiento constatado de la potestad punitiva del Estado, a través del uso de las Leyes de Excepción y de las llamadas penas informales, por lo cual le parece estratégica la afirmación de las garantías legales y procesales, y se inscribe entonces en la corriente que se llamaría Garantismo. Y, sin duda, la revisión y compilación de la materia penal que se encuentra dispersa en diferentes leyes, en su mayoría de corte administrativo aunque contienen verdaderas sanciones penales, es una tarea por hacer que ayudaría a reforzar el mencionado paquete garantista.

En el caso de Baratta, aunque el derecho penal mínimo, en sus primeros trabajos, parecía más bien ser la condición necesaria para la progresiva desaparición de lo penal, recientemente se refiere a este derecho penal mínimo como al "derecho penal de la Constitución", cuya tarea, a la manera del pensamiento iluminista, sería la de limitar y regular la pena. Este derecho penal mínimo, pues, sería: "el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos, cuando esta protección se considere inevitable para responder reactivamente a gravísimas violaciones de derechos fundamentales". Y luego nos dice, al referirse a la postura que inicialmente asumió –similar a la de Hulsman–, de suspender metodológicamente las categorías mentales del crimen y de la pena: "no quería ciertamente negar la existencia de situaciones socialmente negativas y la realidad del sistema punitivo, sino promover un esfuerzo de la fantasía jurídica y política dirigido a construir las situaciones, a través de otros conceptos, para tornarlas susceptibles a formas de intervención alternativas (...) si he hecho un cambio en mi perspectiva, éste ha sido el de superar aquella rígida separación, y buscar un principio de coordinación y de sinergia entre todas las ópticas disciplinarias, y todas las agencias, penales y no penales, del Estado, de los entes locales y de la sociedad civil, que permitiese no sólo la autonomía, sino también la coexistencia y la colaboración, el recíproco aprendizaje entre las diversas competencias, en la visión y en el tratamiento de los eventos".

7. La llamada descriminalización

El Derecho Penal Mínimo, en realidad, no es más que la concreción conceptual de los primeros intentos descriminalizadores. La llamada descriminalización fue sin duda el primer esfuerzo mayor por diseñar una Política Penal humanista.

Por su influencia en las reformas legislativas, y su reflejo en la responsabilidad penal, es importante señalar aquí algunas de las proposiciones que se han hecho, la mayoría proveniente de los expertos del Consejo de Europa, entre los cuales se encontraba Hulsman, uno de los padres de la teoría abolicionista.

1. Evitar que normas exclusivamente moralizadoras se conviertan en incriminaciones.

2. Evitar criminalizar conductas para las cuales no hay sanción posible, o que interfieran con criterios morales interiores.

3. No crear normas bajo la asunción de que ellas resolverán el problema.

4. No criminalizar conductas que son propias de:

- los grupos sociales más débiles
- o discriminados
- o que corren el peligro de serlo

5. No criminalizar conductas que sólo puede conocer la policía cuando investiga por su propia cuenta y no por denuncia o acusación: lo que llamó Baratta, posteriormente, "principio de la primacía de la víctima". Esto fue receptado de la Victimología, que hoy tiene carácter de disciplina autónoma, y que se ha introducido inclusive en los principios del proceso acusatorio, insistiéndose en la superioridad del principio de oportunidad sobre el de legalidad. En este mismo orden de ideas, el consentimiento de la víctima debe ser considerado en el tipo penal, o en su defecto, tener efectos en la atribución de responsabilidad. Pero no sólo esto. La víctima debe tener una participación importante en el proceso, para evitar así que "el Derecho Penal le robe –o expropie– el conflicto a la víctima" (Christie, Hulsman), y que la misma pierda dos veces: una, frente al delincuente y, otra, frente al Estado.

6. No criminalizar conductas tan frecuentes, que el Derecho Penal• el Derecho Penal no tenga ante ellas poder disuasivo,

- o que por esa frecuencia se consideren normales, o que
- no producen reacción de rechazo en la mayoría de la colectividad (adulterio, aborto).

7. Tampoco aquellas que son producto de un desajuste psíquico o social.

8. Ni las que tienen lugar dentro de la esfera privada (incesto o conductas sexuales de cualquier índole entre adultos consintientes)

9. O que puedan tener soluciones distintas a la penal (bigamia).

Pertenece también a la Política Penal el llamado Uso Alternativo del Derecho.

De tradición española e italiana (Barcellona, Coturri, Ibáñez, entre otros); y en Venezuela Rossell Sehnenn,[14] este recurso es de importancia táctica frente al Derecho penal vigente. Parte desde el reconocimiento de dos realidades y una afirmación sectorial. Las realidades son: 1– La desprotección, demostrada en el

(14) Jorge Rosell Sehnenn. "La realización de los derechos humanos y el uso alternativo del derecho. La otra forma de administrar Justicia", en *Capítulo Criminológico*, 14. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1986.

sistema penal, de sectores amplios de sistemas poblacionales sin poder, y 2– el "doble discurso" que caracteriza el sistema legal en su conjunto, en el que, por una parte, todos –o casi todos, según los países– los derechos humanos están protegidos por la Constitución, mientras que en el sistema penal, tanto en las leyes como en su actividad, la discriminación es evidente. Esto, que se puede resumir en la desesperanzada frase de que "el Derecho es necesariamente irrealizable", puede resolverse a través de la aplicación prioritaria de las Constituciones por parte de la magistratura, debelándose de esta manera las contradicciones que el Derecho conlleva. Esta es la afirmación sectorial. Los Jueces Penales, usual y erróneamente, no suelen considerarse Jueces Constitucionales, cuando, en realidad, todos lo son. Evidentemente, lo ideal es un sistema legal que funcione totalmente para la democracia constitucional; cuando no lo hace, hay esa corrección posible, aunque no abarque todo lo que acaece en el sistema penal sino únicamente lo que sucede en manos de los jueces progresistas, que en España se llamaron, precisamente, Jueces por la Democracia, a los que se debe buena parte del avance del Derecho del caso concreto.

El llamado Uso Alternativo del Derecho fue también fuertemente criticado por la Criminología Crítica, al considerar que el "otro" Derecho no era, en definitiva, más que "el mismo" Derecho.[15] Evidentemente, se trataba de una crítica fundamentalista, que sólo concebía soluciones radicales, y no estaba dispuesta ni siquiera a aprehender las posibilidades que el sistema penal suele ocultar muy bien para su adecuación, aunque limitada, a una democracia sustancial y no solamente formal.

8. Propuestas para otras ramas del sistema penal

La Política Criminal Alternativa no sólo tiene que ver con las incriminaciones o con el uso del Derecho penal. También debe referirse al funcionamiento de los sistemas policial, judicial y penitenciario.

9. En la Justicia de Menores

Mientras los sectores regresivos abogan por, y aún modifican la legislación para reducir la edad de la imputabilidad, sigue trabajando para perfeccionar a los menores su paquete garantista. Así, se ha transformado la propuesta tradicional de ofrecerles una Justicia especial, paternalista, para darles espacio a las garantías procesales (derecho a la defensa, medidas de protección de tiempo determinado, apelaciones, entre otras), en vista de que los procesos llamados tutelares constituyen verdaderos juicios que producen la asignación de medidas peligrosistas de consecuencias a veces más temibles que las meramente penales. (García Méndez, Santos). La constatación de que se denomina "infancia" aquella

(15) Pavarini, ob. cit.

que tiene acceso a la escuela, o que no ha sido expulsada de ella, y se categorizar como "menores" (en "estado de abandono" o "en situación irregular") a los otros, ya es suficiente para percibir la selectividad de este control.[16]

Varias Convenciones Internacionales han recogido esos criterios: La Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (o Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil.

La discusión sobre la constitucionalidad, o no, de los instrumentos de Naciones Unidas, en los países en los que ellos no han sido ya recogidos expresamente por las mismas, tiende en la Criminología Crítica a ser un medio de Política Criminal Alternativa, por la legitimidad que le proporciona su amplia consensualidad.

10. Una interpretación progresiva de la categoría "Jueces Naturales"

De la misma manera debe interpretarse progresivamente el principio de la Justicia administrada por Jueces Naturales. A pesar de que la Doctrina corriente utiliza la expresión de Jueces Naturales para referirse a aquellos que están prescritos por la Ley (por ejemplo: jueces civiles y no militares para presos civiles), esta categoría debe interpretarse progresiva y extensivamente en los casos de los indígenas y otras minorías étnicas, nacionales y religiosas. De esta manera, entre otras posibilidades, debería aplicarse a la Justicia en el caso de las mujeres, –actoras o víctimas–, cuando se trata de delitos que tienen que ver con su pertenencia a un género (violación, por ejemplo), delante de que el punto de vista de género suele ser culturalmente excluyente.

11. En lo penitenciario

Las Normas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; y las de Pactos de Derechos Humanos, como el de San José, son un alegato permanente de juristas y criminólogos progresistas. De esta manera, se plantea no sólo privilegiar las penas alternativas a la de privación de libertad, sino que el trabajo en la prisión esté sometido a las mismas condiciones laborales que el trabajo extramuros. Se propone igualmente resguardar la salud, la identidad y la

(16) Ver Emilio García Méndez. "La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia. Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia adolescencia como sujeto de derechos", en *Capítulo Criminológico* 18-19. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, 1990-1991. p. 179 *et seq.*

dignidad del procesado. No hay mucho más que lo que ya está previsto en estos instrumentos internacionales. El asunto está en aplicarlos. Pero, en períodos de crisis del pensamiento humanista, como éste, donde el interés oficial se esconde tras el chivo expiatorio de todos los males sociales que es el delincuente, el único enemigo, nadie quiere consideraciones ni hoteles de 5 estrellas para ellos.

El mensaje humanista debe ser, sin embargo, trasmitido sin cesar, para que perdure. Y la lucha debe permanecer abierta.

12. La función policial y la prevención

La crítica de la función policial y el tema de los delitos internacionales, por su parte, con sus respectivas propuestas, fueron característicos de la criminología anglosajona, la primera, y de la norteamericana, el segundo. No hubo tantas propuestas de Política Criminal, sin duda, en el caso de los delitos internacionales –que no podían ir más allá de los juegos de poder, y de sugerencias de criminalización sobre la base de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos–, como en el campo de la policía, cuya tendencia hoy en el mundo es abiertamente hacia la descentralización, y la participación ciudadana (*Community Policing*), ofreciendo como consecuencia, la desburocratización de la misma y la acentuación de su función básicamente preventiva.

Esto se relaciona con lo que hoy se ha denominado "Nueva Prevención", la cual, en la práctica de algunas ciudades europeas, tiene por primera vez (Baratta)[17] una dimensión local, participativa, multidisciplinaria y pluriagencial.

Esta modalidad, de la que por cierto obtuvimos resultados muy positivos en una experiencia de gobierno en el estado Zulia (Venezuela), permitía, a través de los llamados Comités de Seguridad Vecinales, asumir, no funciones de "vigilantismo", sino preventivas en la mejor acepción de la palabra; e, inclusive, respuestas no formalizadas en el sistema penal, verdaderamente "alternativas", que a veces más tenían que ver con soluciones privadas de los conflictos. De esta manera, la respuesta penal se convertía en subsidiaria, y los grupos así organizados (y reconocidos), podían derivar hacia otro tipo de prestaciones sociales, como la salud pública y privada del barrio o la defensa de los derechos humanos de los pobladores (Aniyar de C.).[18]

Pero la policía que tenemos es uno de los nudos más difíciles de resolver. Sólo en Venezuela, en la última semana de septiembre, el Viceministro de Justicia anuncia satisfecho que, desde el mes de enero, han sido muertos "2000

(17) Baratta. "Entre la política de seguridad y la política social", en *Delito y seguridad de los habitantes*. ed. Elías Carranza. México : Siglo XXI, 1997.

(18) Lolita Aniyar de Castro. "La participación ciudadana en la prevención del delito. Antecedentes, debates y experiencias", en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n. 2. Maracaibo : Instituto de Criminología "Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia, agosto, 1999.

delincuentes potenciales", el Gobernador pasado propuso pena de muerte y el Alcalde Mayor actual cadena perpetua, todo ello en función electoral (nótese el terrorismo de esta frase: ni siquiera se refiere a delincuentes comprobados, produce una real inseguridad que nos atañe en lo personal a todos por igual: ¿quién es –o no– un potencial delincuente?). Estamos hablando de dos cosas aparentemente similares pero en realidad muy distintas: una, mayor represividad penal, y otra, utilización de lo que he denominado "sistema penal subterráneo", que es el que funciona en la realidad de los hechos: redadas indiscriminadas, ejecuciones extrajudiciales o presuntas muertes en enfrentamiento con la policía. Mientras el sistema penal subterráneo sea el que verdaderamente funcione, no tiene sentido hablar de políticas penales.

Así, pues, la policía juega un rol fundamental en una política criminal alternativa. No sólo la policía no puede ser "parte del problema", y constituirse en foco de mayor delincuencia (en algunos países nuestros, ciertos policías llegaron a constituir verdaderas organizaciones delictivas utilizando sus capacidades y aptitudes profesionales), sino que al violar la ley deslegitima el aparato de control social, al hacerle perder su credibilidad.

13. Otras propuestas posteriores

También la criminología crítica ha tenido que ver con una concepción nueva de la expresión "seguridad ciudadana", en la que se asume deben incluirse igualmente los riesgos y daños que sufren mujeres y niños en el sector privado, los atropellos policiales, los delitos ecológicos, los de corrupción y concusión, y las desviaciones criminales en el interior de órganos civiles y militares del Estado (Baratta).

En definitiva, la eliminación del vocabulario bélico para referirse a la delincuencia común, la sustitución del estereotipo del delincuente como exclusivo miembro de las clases subalternas, por una visión más amplia de lo socialmente dañino, posiblemente contribuirían a reducir a sus justos límites el sentimiento de inseguridad ciudadana que durante siglos ha sido superior al de la efectiva delincuencia convencional. No hay que olvidar que "lo delictivo" es parte del aparato político de legitimación. Y la lucha por la verdad tiene como inconsciente enemigo central una opinión pública desprevenida y manipulada.

Sólo superando esta concepción podemos aspirar a una Política Criminal que sea humanista, histórica y profundamente democrática. Para esto, por supuesto, se requiere también no solo de un Gobierno, sino de una sociedad, que sean profunda y totalmente democráticos.

4. POLÍCIA E DIREITO

4.1

QUEM TEM MEDO DA PM?
A confiança na Polícia Militar do Distrito Federal e suas relações com variáveis estruturais, demográficas e a experiência com a violência*

GLÁUCIO ARY DILLON SOARES

SUMÁRIO: 1. Introdução: a violência policial e o "efeito ripple" – 2. O contexto da pesquisa: a Polícia Militar do Distrito Federal – 3. Situação de classe, gênero e confiança na polícia militar – 4. Raça e confiança na PM – 5. Análise de regressões logísticas e lineares – 6. Conclusões.

Resumo: Este artigo pretende analisar os determinantes da confiança na Polícia Militar do Distrito Federal, segundo variáveis de gênero e raça, a partir de pesquisa residencial realizada junto à população do Distrito Federal. Avaliou-se o chamado efeito "ripple", que faz com que a população confie mais ou menos na polícia na medida em que saiba do comportamento violento da PM. Através de regressões logísticas e lineares, descreve-se que a confiança da população na Polícia Militar do Distrito Federal depende da experiência concreta, direta ou indiretamente, dos indivíduos com a violência, além da sua idade e do seu gênero.

Palavras-chave: Violência policial – Efeito Ripple – Confiança na Polícia Militar.

1. Introdução: a violência policial e o "efeito ripple"

Este estudo analisa os determinantes da confiança na polícia militar, baseado em *survey* residencial da população do Distrito Federal. A confiança nas instituições é parte indispensável do funcionamento de uma democracia. Nas democracias contemporâneas,[1] a polícia é uma das instituições com que a população tem contato freqüente e de quem depende.

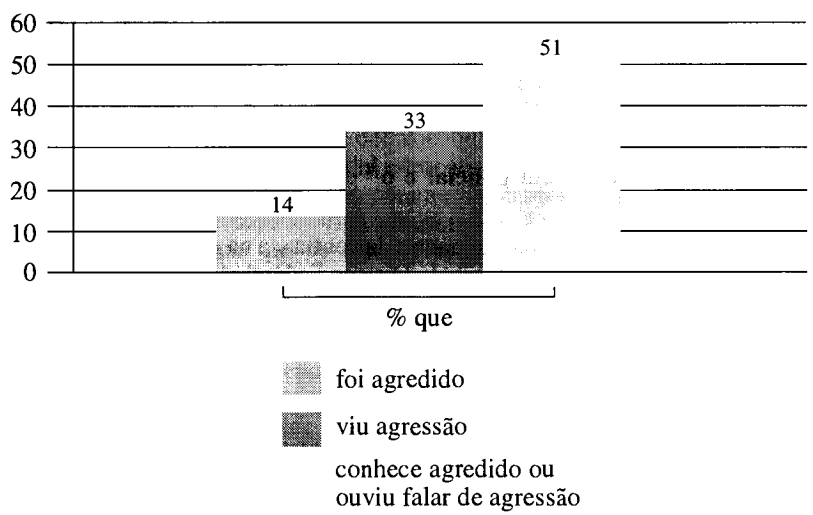
(*) Sumário de trabalho enviado para o XXIII Encontro Anual da ANPOCS, 1999, em Caxambú, Minas Gerais. Reunião especial do GT, tratando dos direitos humanos e civis, em comemoração aos 10 anos da Constituição Brasileira de 1988 e aos 50 da Declaração dos Direitos do Homem, da ONU. Revisto em dezembro de 1999.

(1) Uso "contemporânea" sem qualquer conotação valorativa ou evolucionista. Constato que é importante, sem a pretensão de prever se será mais ou menos e sem vincular a polícia a uma sociedade ou democracia "moderna".

O *efeito ripple:* quando atiramos uma pedra na água, ela provoca círculos na superfície, que caminham para fora daquele ponto e cujo raio é cada vez maior. Em inglês, se diz que a pedra formou "ripples" na água. As conseqüências da violência policial apresentam um padrão que segue a mesma lógica. Uma percentagem *relativamente* pequena da população[2] – 14% – sofre algum tipo de violência policial; uma percentagem maior assiste, como espectadora, a estes fenômenos – 33%; uma percentagem maior ainda – 51% – a maioria da população, ouve falar a respeito desta violência. Controlar a violência policial interessa às possíveis vítimas e é uma questão de direito e de civilidade. *Não obstante, é, também, de interesse da própria polícia*, porque até o "ouvir falar" a respeito da violência policial diminui a credibilidade da instituição. O último, a despeito do grau crescente de distância da agressão: sofrê-la, presenciá-la ou "ouvir falar ou conhecer alguém", em *todos os níveis*, a experiência com a violência reduz as avaliações positivas da polícia militar e aumenta as negativas. Pior do que isso, ela transborda os limites da própria PM e afeta a polícia civil, a Justiça e as instituições em geral. Talvez a conseqüência mais nefasta da violência policial seja diminuir gravemente a confiança nas soluções legais e institucionais para os problemas da nação. É um grande estímulo à anti-cidadania.

O efeito ripple

(Distrito Federal, 1997/1998)



(2) Relativamente aos que observaram, viram, sabem de alguém ou ouviram falar. Esses níveis são inaceitáveis em sociedades industrializadas.

2. O contexto da pesquisa: a Polícia Militar do Distrito Federal

A PMDF tem, em comparação com a média das demais PM's, uma posição privilegiada: tem baixos índices de violência, uma academia de bom nível e programas de treinamento e reciclagem. Os seus salários são mais altos do que a média nacional e o nível educacional dos policiais consideravelmente mais alto. Metade da população confia nela – uma percentagem comparativamente alta, tendo em vista as demais PM's do país. Não obstante, a instituição como um todo, assim como as demais instituições policiais e judiciais, pagam um alto preço pela violência de poucos soldados e pela indiferença de muitos suboficiais e oficiais.[3] A violência policial é a grande determinante da desconfiança na polícia, inclusive entre os que não foram vítimas diretas dela.

É importante salientar que, para cada pessoa que sofre uma agressão policial, várias outras mudam a sua opinião a respeito da polícia – para pior. Cada violência sofrida por uma pessoa é vista por duas a três outras pessoas, que mudam a sua opinião; para cada violência sofrida por uma pessoa, quatro outras ouvem falar dela e mudam a sua opinião. Construímos um *Índice Indireto de Violência Policial*, a partir de perguntas sobre se a pessoa entrevistada conhecia ou ouvira falar de alguém que já tinha sido agredido fisicamente pela polícia militar; se havia presenciado alguém sendo agredido fisicamente pela polícia militar e se conhecia ou ouvira falar de alguém que já tenha sido xingado, ameaçado, ofendido, humilhado etc. pela polícia militar. O impacto negativo da violência policial sobre a legitimidade da instituição é tremendo.

• A percentagem achando que a PM deve, simplesmente, *acabar*, sobe de escore em escore no *Índice Indireto de Violência Policial*: 3% no mais baixo, 5% no seguinte, seguindo-se 6%, 9%, atingindo 14% no mais alto. Esta é uma expressão de extrema insatisfação com a corporação.

• A percentagem dos que, ao contrário, desejam que a PM permaneça como está, diminui com os escores: 50%; 48%; 41%; 35%, baixando a 25% no nível mais alto. A relação é significativa no nível de <0,00000. A hostilidade e a desconfiança geradas pela violência indireta atinge, também, a Justiça Militar.

• A percentagem desejando que juízes civis julguem os militares por crimes cometidos em serviço sobe com o escore no Índice: 59%; 68%; 65%; 74% e 86%.

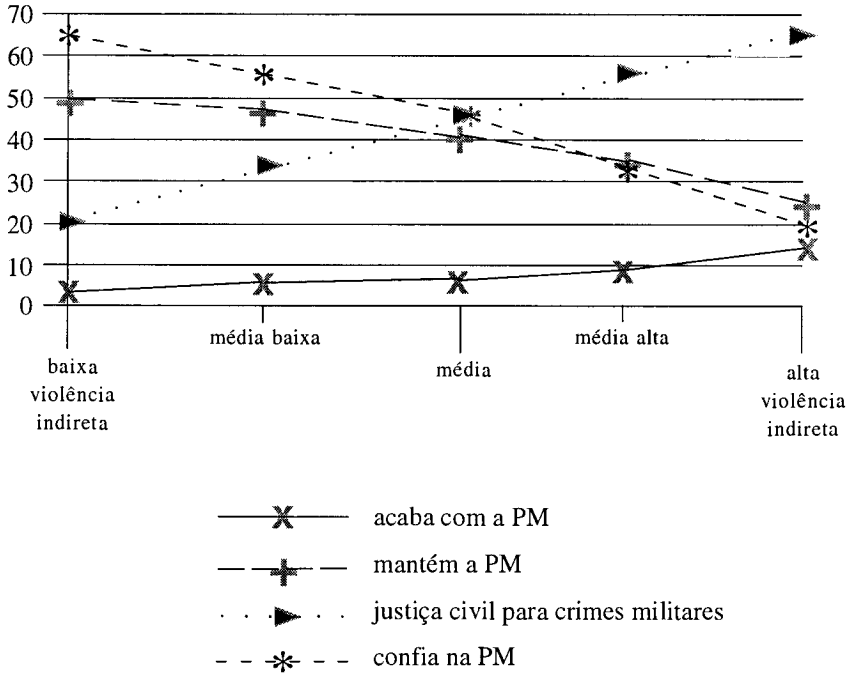
(3) O comportamento da PM responde às orientações do Governador e do Secretário de Segurança. Num regime democrático, se espera esse comportamento. Essa resposta se observou durante a Administração de Cristovam Buarque, que implementou medidas especiais contra a violência policial. O resultado observado foi uma diminuição dramática da violência policial no Distrito Federal. A substituição dessas medidas por uma imitação caricaturesca e incompetente do programa Tolerância Zero de Nova Iorque (há muitos programas chamados de Tolerância Zero e o de Nova Iorque é apenas um deles) resultou no crescimento da violência policial.

• A confiança na polícia militar também é muito afetada: ela cai verticalmente com a experiência indireta da violência policial: 65% no nível mais baixo; seguindo-se 56%; 46% e 34%, baixando a 20% no nível mais alto. A correlação Gama, de 0,42, é significativa no nível de 0,00000.

• Um incidente que afetou seriamente a credibilidade da polícia militar foi o seqüestro ou pseudo-seqüestro da filha do hoje ex-senador Luis Estevão, que teve o seu mandato cassado, do qual participou um tenente. A crença de que havia outros oficiais da PM envolvidos no seqüestro cresce com a experiência indireta com a violência.

Assim, se individualmente a população brasileira é quem teme a violência policial, *institucionalmente* é a própria PM que deveria temer a violência de alguns dos seus soldados e suboficiais. Com a consolidação da democracia, o peso da opinião pública e da cidadania tendem a crescer, e o seu apoio à corporação depende do controle da violência policial.

Os efeitos negativos da experiência indireta com a violência policial



3. Situação de classe, gênero e confiança na polícia militar

A situação de classe (classe em si) é uma variável que, empiricamente, se relaciona com ampla gama de comportamentos humanos, em países diferentes, há muito tempo. São raras as áreas comportamentais e atitudinais que não variam com a situação de classe. Medimos a situação de classe de duas maneiras: a aparência do imóvel e a educação do informante. A educação do informante não tem relação com a confiança na polícia. A aparência do imóvel revela uma relação surpreendentemente modesta com a confiança na PM: 57% dos que vivem em habitações de luxo confiam; 52% dos que vivem em habitações confortáveis, com bom acabamento, confiam; pouco mais do que os 49% dos que vivem em habitações modestas, a mesma percentagem dos que vivem em habitações pobres. Entre os que vivem em habitações precárias, nova surpresa: 51% confiam. As correlações Gamma de 0,10 e M de 0,11 são significativas, mas pequenas.

A literatura empiricamente informada sublinha que as mulheres são um pouco mais conservadoras do que os homens em número de comportamento, inclusive o político. Daí a formulação da hipótese de que as mulheres teriam mais confiança na PM (comportamento considerado conservador). Além disto, a Teoria dos Encontros supõe que as mulheres se expõem menos a situações violentas *fora* do âmbito doméstico.[4] Portanto, teriam menor probabilidade de terem sofrido *e de terem visto* eventos violentos por parte da polícia militar.

Não obstante, a relação encontrada é oposta à esperada: 46% das mulheres e e 54% dos homens confiam na polícia. Controlando por experiência direta com a violência policial, a diferença entre os sexos no que concerne à confiança na PM persiste em todos os níveis, exceto no médio alto, no qual a relação se inverte. O teste exato nos diz que a relação entre sexo e confiança na PM é significativa (# 0,05) em todos os níveis de experiência direta, exceto no médio alto, que é exatamente onde se encontra a inversão. As mulheres confiam *menos* na PM em todos os níveis de experiência direta com a violência policial, exceto em um.

4. Raça e confiança na PM

A relação bivariata entre raça e confiança na polícia militar é clara: 51% dos brancos, 49% dos nem brancos nem negros e 37% dos negros confiam nela. Se o valor de M não chega a entusiasmar, ele é significativo no nível de 0,03. Porém, a influência da raça sobre a confiança desaparece quando controlamos a experiência indireta com a violência policial. Em nenhum dos níveis da escala, a relação entre raça e confiança na PM é significativa no nível de 0,1. Isto nos leva a crer que a relação entre raça e confiança na PM passa pela experiência indireta com a violência policial. Os negros observam mais atos de violência, conhecem mais

(4) Resultado apoiado empiricamente pelos diferenciais nas taxas de vitimização por homicídio no Brasil.

pessoas que foram vítimas e ouvem falar mais de violência policial do que os demais grupos. O fato de que a relação da raça e da confiança na PM seja mediatizada pela experiência indireta com a violência, virá a se confirmar na análise de regressão, uma vez que a raça não sobrevive a um processo de eliminação *backward* (para trás).

5. Análise de regressões logísticas e lineares

O Modelo Final, que inclui idade (agrupada); sexo; o índice de experiência direta com a violência policial e o índice de experiência indireta com a violência policial, classifica corretamente 63% dos casos. A regressão logística indica que, de acordo com a estatística de Wald, a variável mais importante é a experiência *indireta* com a violência policial, seguido pelo gênero, pela idade e, finalmente, pela experiência *direta* com a violência policial.

É muito interessante que a experiência *indireta* (ver, conhecer alguém que foi vitimado e ouvir falar) seja mais relevante do que a experiência *direta* (ter sido agredido, ofendido, xingado). Nas regressões anteriores, os indicadores de *status* sócio-econômico, ou situação de classe, educação e condição do imóvel de residência, assim como a raça, não sobreviveram à seleção.

O uso de uma regressão linear não altera substancialmente os resultados: a educação saiu na primeira passada e a raça na segunda. A correlação múltipla no Modelo Final é 0,32. O valor de F, 47,764, é significativo no nível de 0,000. Nesta regressão, a constante, a experiência *indireta* com a violência policial e o sexo são significativos no nível de 0,000; a idade é significativa no nível de 0,002 e a experiência direta com a violência policial no nível de 0,009.

Tabela I

Regressão logística

Gênero, idade e experiência direta e indireta com a violência policial, na explicação da confiança na Polícia Militar
Distrito Federal, 1997 e 1998

Número total de casos: 2190 (não ponderado)
Número de casos usados: 2190
Número de casos rejeitados por terem dados incompletos: 456
Número de casos incluídos na análise: 1734

Recodificação da Variável Dependente

Valor Original	Valor Interno
1.00	0
2.00	1

Parâmetro	Valor	Freq	Código
(1)	1.00	706	1,000
SEXO	2.00	1028	0,000

Variável Dependente: Confia – Não Confia
-2 Log Verossimilhança 2403.8252
* Constante incluída no modelo.
Método Simples, sem exclusão

Variáveis(s) que entraram na primeira passada

Direta	(experiência direta com a violência policial)
Indireta	(experiência indireta com a violência policial)
Sexo	(masculino/feminino)
Idade	(até 29 – 30 a 39 – 40 e mais)

A estimativa terminou na terceira iteração porque a Log Verossimilhança diminuiu em menos de 0,01 por cento.

História das iterações

Iteração	Log Verossi-milhança	Constante	Direta	Indireta	Sexo (1)	Idade
1	-1109.0246	-1.5143993	.13011324	.18926867	-.54896685	-.18912146
2	-1108.2299	-1.6746261	.15486995	.20663524	-.61074121	-.21001568
3	-1108.2293	-1.6796829	.15586998	.20706018	-.61224273	-.21053881

-2 Log Verossimilhança	2216.459
Ajuste	1732.307
Cox & Snell – PSEUDO R^2	0,102
Nagelkerke – PSEUDO R^2	0,137

	X^2	gl	Significação
Modelo	187.367	4	.0000
Bloco	187.367	4	.0000
Passada	187.367	4	.0000

Teste de Hosmer e Lemeshow

	Confia = 1.00		Não Confia = 2.00		
Grupo	Observado	Esperado	Observado	Esperado	Total
1	139,000	132,369	38,000	44,631	177,000
2	147,000	151,578	83,000	78,422	230,000
3	107,000	108,346	71,000	69,654	178,000
4	62,000	61,447	45,000	45,553	107,000
5	90,000	92,625	80,000	77,375	170,000
6	84,000	89,304	92,000	86,696	176,000
7	72,000	75,958	102,000	98,042	174,000
8	76,000	63,094	88,000	100,906	164,000
9	56,000	55,757	118,000	118,243	174,000
10	36,000	38,521	148,000	145,479	184,000

	X^2	gl	Significação
"Godness-of-fit" teste	7,4470	8	0,4893

Tabela classificatória para a confiança na PM

Valor de Corte é 0,50

Observado	Previsto		
	1	2	Percentagem correta
100	573	296	65.94%
200	345	520	60.12%
Total	918	816	63.03%

Variáveis na Equação

Variável	B	E.P.	Wald	gl	Sig	R	Exp(B)
Direta	0,1559	0,0565	7,6227	1	0,0058	0,0484	1,1687
Indireta	0,2071	0,0201	105,7181	1	0,0000	0,2077	1,2301
Sexo (1)	-0,6122	0,1084	31,9103	1	0,0000	-0,1115	0,5421
Idade	-0,2105	0,0599	12,3737	1	0,0004	-0,0657	0,8101
Constante	-1,6797	0,2536	43,8521	1	0,0000		

6. Conclusões

Este resultado é surpreendente para todos os que nos acostumamos a olhar tudo a partir de uma perspectiva de classe, "aberta", após muitas décadas de esforços dos militantes para incluir uma perspectiva de raça. A raça que, em interação com a classe, ajuda explicar uma ampla série de comportamentos humanos, tem um papel na explicação da confiança na PM. Porém, esta explicação passa pela experiência indireta com a violência policial. Controlada esta, desaparece o efeito da raça. Ou seja, no contexto particular do Distrito Federal, fim de 1997 e início de 1998, todo o efeito da raça se deve à experiência indireta com a violência policial. Hipotetizo que negros e pobres desproporcionalmente vivem em áreas com taxas mais altas de crime e violência e observam a violência policial com freqüência muito maior do que brancos e pessoas com situação de classe alta e média.

A confiança na polícia militar do Distrito Federal não depende diretamente de fatores estruturais clássicos, como situação de classe e raça, mas da experiência concreta, direta e indireta, dos indivíduos com a violência, além da sua idade e do seu gênero. A situação de classe, medida pela educação, não influencia a confiança na PM, seja direta, seja indiretamente; medida pelo tipo de imóvel de residência, ela influencia pouco e a influência desaparece na análise multivariada. A violência é uma experiência freqüentemente traumática, que marca a todos: os que a sofrem, os que a inflingem e os que a observam. É de tal intensidade que anula os efeitos de outras condições que, normalmente, estão presentes nas "determinações" de muitas formas de comportamentos e atitudes.

Não obstante, a ênfase tradicional dos cientistas sociais latino-americanos nos fatores estruturais não é despropositada. A coleção de variáveis de poder analítico de amplo espectro, de inspiração estrutural e marxista, que foram incluídas no arsenal dos pesquisadores, é muito grande. Porém, até a orientação teórica mais profícua passa a afetar negativamente o progresso do conhecimento se for usada como substituta da indispensável pesquisa empírica e científica.

Os dados dessa pesquisa feita com a população do Distrito Federal demonstram a aplicabilidade da Teoria do Ripple: cada violência policial afeta um círculo maior de cidadãos, que a observam, e outro, ainda maior, que ouvem descrições da violência; todos eles tendem a mudar a sua opinião face a polícia militar, para pior, e também a opinião em relação à polícia civil e à Justiça.

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

5.1

MÁQUINAS DE DIVERSÃO ELETRÔNICA PARA ADULTOS EM FACE DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Inexistência da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais): 2.1 Atipicidade do fato por ausência de jogo; 2.2 Atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico. A teoria do risco permitido como excludente da tipicidade; 2.3 Licitude do fato diante da autorização do Poder Público para a exploração de concursos eletrônicos em que o resultado depende de prognósticos calcados na teoria da probabilidade – 3. A Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé) e as máquinas de diversão eletrônica – 4. A Portaria 23, de 08.06.1999, e as máquinas de diversão eletrônica – 5. Inexistência de crime contra a economia popular (art. 2.°, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951) – 6. Conclusões – 7. Respostas aos quesitos.

1. Consulta

Os ilustres advogados Drs. Fábio Barbuglio e Jamil Chokr, fornecendo-nos laudos periciais, cópias de sentenças, acórdãos, alvarás, portarias e inúmeros documentos, solicitam-nos parecer a respeito de eventual configuração de crime ou contravenção penal no fato da exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos ("caça-níqueis").

Para tanto, são formulados os seguintes quesitos:

1.° – A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos tipifica a contravenção do art. 50, *caput*, do Dec.-lei 3.688, de 30.10.1941 (Lei das Contravenções Penais)?

2.° – Trata-se de jogo de azar?

3.° – Há fraude no funcionamento das máquinas?

4.° – É possível haver, na hipótese objeto da consulta, crime contra a economia popular descrito no art. 2.°, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular)?

Passamos a dar nosso parecer.

2. Inexistência da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais)

2.1 Atipicidade do fato por ausência de jogo

O art. 50, *caput*, da Lei das Contravenções Penais, definindo a infração denominada "jogo de azar", tem a seguinte redação:

"Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele."

A conduta típica consiste em estabelecer e explorar o jogo de azar em local público ou acessível ao público, mediante pagamento ou não de entrada. *Estabelecer* significa instalar e manter a casa de jogo, com móveis, máquinas, fichas, roletas etc. *Explorar* quer dizer executar o jogo. A contravenção deve ser cometida em lugar público ou acessível a ele, *i. e.*, em local aberto a todas as pessoas, como praças, ruas, jardins, parques, museus, teatros, cinemas, templos etc. São equiparados a lugar acessível ao público os mencionados nas alíneas *a* a *d* do § 4.°.

O exame do dispositivo revela serem elementos da infração penal:

1.°) tratar-se de jogo;

2.°) o jogo deve ser qualificado como de azar; e

3.°) ser explorado.

Esses dados denominam-se elementares típicas. Fazem parte do tipo penal, configurando sua essência. Faltando um deles, inexiste contravenção, falando-se em atipicidade.

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica, ensejando essa tarefa a noção de "tipicidade". O tipo legal, portanto, é a expressão abstrata dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do fato lesivo, que, todavia, não se confundem com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza também subjetiva e objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento humano. Assim, o tipo penal não consegue conter todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da ação ou omissão, que variam de uma para outra. Em face disso, a figura típica fundamental deve indicar apenas os elementos necessários para individualizar a conduta considerada nociva, postergando a um plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para exacerbar ou diminuir a pena, ou são subsídios de sua fixação qualitativa (circunstâncias legais ou judiciais). É imprescindível, contudo, que haja perfeita correspondência, para existir infração penal, entre o fato concreto e o modelo legal.

Como se vê, para haver crime ou contravenção não basta que o fato seja genericamente antijurídico (ilicitude extrapenal). Exige-se que se amolde a uma norma penal incriminadora. Daí a questão da adequação típica, que consiste em a

conduta subsumir-se no tipo penal. Esse problema nem sempre é tarefa simples que resulte de análise ligeira e mecânica da lei, pois os tipos não são valores numéricos, nem puros conceitos lógicos, e, sim, normas que contêm uma essência que forma um complexo sistema de relações entre uma figura e outra. Para conseguir uma adequação correta é sempre necessário indagar a que figura típica deve atender-se entre as muitas que em regra podem ser aplicadas a um determinado comportamento.

Faltando uma elementar não há infração penal. Assim, quando, diante da figura típica, excluindo-se determinado elemento, o crime desaparece, estamos em face de uma elementar. De maneira que, em face do tipo legal, podemos excluir um desses elementos. Se a figura típica deixa de existir perante o fato real, o dado referido (objetivo, subjetivo ou normativo) atua como elementar do crime. Nota-se que a ausência da elementar causa a atipicidade absoluta.

É inegável que, na descrição da contravenção do jogo de azar, a expressão "jogo" tem posição de elementar: "Estabelecer ou explorar jogo..." (art. 50, *caput*, da lei especial). A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos, entretanto, não pode ser definida como jogo.

De acordo com o pacífico entendimento dos civilistas, que não divergem no tempo, jogo é todo contrato aleatório pelo qual duas ou mais pessoas prometem a uma ou algumas, dentre os contratantes, determinada soma a quem a eventualidade for favorável (Coelho da Rocha. *Instituições de direito civil português*. 6. ed. Lisboa, 1886. vol. II, § 874, p. 861).

Carvalho Santos conceituava jogo como "o contrato aleatório, por meio do qual duas ou mais pessoas prometem a uma dentre elas, a quem for favorável certo azar, um ganho determinado (*Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964. vol. XIX, p. 412).

Clóvis Beviláqua não divergia desse entendimento, conceituando-o como "contrato aleatório, em que duas ou mais pessoas prometem certa soma àquela, dentre as contraentes, a quem for favorável certo azar" (*Código Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1943. vol. V, 1934, p. 237).

No mesmo sentido a doutrina de Washington de Barros Monteiro: "Efetivamente, o jogo é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar certa soma àquela, dentre os contratantes, que resulta vencedora na prática de determinado ato, a que todas se entregam" (*Curso de direito civil – Direito das obrigações*. 2.ª parte. 31. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. vol. V, p. 356).

Do mesmo sentir era Carvalho de Mendonça: "Jogo é um contrato aleatório, em virtude do qual duas ou mais pessoas prometem uma soma àquela a quem favorecer um certo azar, quer na operação entre a indústria, quer não, mas *in quo fortuna magis, quam ars et ingenium dominatur*. É uma dupla promessa condicional de uma coisa dependente do azar" (*Contratos no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938, atualização de Achilles Beviláqua, t. II, p. 439).

Como ensina Maria Helena Diniz, "jogo é o contrato em que duas ou mais pessoas prometem entre si pagar certa soma àquela que conseguir um resultado favorável de um acontecimento incerto" (*Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1998, vol. III, p. 411).

Não discrepa a lição de Carlos Roberto Gonçalves: "Jogo e aposta são contratos aleatórios. No primeiro o resultado decorre da participação dos contratados. O êxito ou insucesso dependem da atuação de cada jogador. O vencedor fará jus a uma certa soma, previamente estipulada. Na aposta, o resultado não depende das partes, mas de ato ou fato alheio e incerto. Vence a aposta aquele cujo ponto de vista a respeito de fato praticado por outro se verifique ser verdadeiro. O tratamento legal dado aos dois institutos é o mesmo" (*Direito das obrigações – Parte especial*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, vol. VI, p. 150).

Sílvio de S. Venosa apresenta a mesma lição: "Jogo é o contrato por meio do qual duas ou mais pessoas se obrigam a pagar determinada quantia ou coisa diferente de dinheiro àquele que resultar vencedor na prática de atividade intelectual ou física. No jogo, a soma prometida parte dos próprios participantes da atividade lúdica" (*Manual dos contratos e obrigações unilaterais de vontade*. São Paulo : Atlas, 1997. p. 290).

Podem ainda ser citados, adotando a mesma orientação:

Orlando Gomes. *Contratos*. Rio de Janeiro : Forense, atualização de Humberto Teodoro Júnior, 1999, p. 427 e 428;

Sílvio Rodrigues. *Direito civil – Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1999, vol. III, p. 364;

Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, vol. III, p. 322;

Serpa Lopes. *Curso de direito civil – Fontes das obrigações – Contratos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1964. vol. IV, p. 413;

Márcio Martins Bonilha. "Jogo e aposta", em *Contratos nominados – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 310;

Dicionário Jurídico. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 313.

Observa-se que o jogo, em face de sua natureza contratual, é ato jurídico "bilateral". A bilateralidade, como se nota nos conceitos doutrinários, é uma de suas características. É de sua essência a "contenda", a "luta" entre duas ou mais pessoas. No caso das máquinas de diversão eletrônica para adultos, entretanto, não há contendores, inexiste luta intelectual ou de habilidade manual entre duas pessoas. Não há, pois, "jogo".

O art. 50 da lei especial, não definindo "jogo", contenta-se em arrolar os casos em que deve, segundo ela, considerar-se "de azar":

"§ 3.º Consideram-se jogos de azar:

(...)

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte."

Nota-se a necessidade de que o "risco" atinja "contendores", no plural, circunstância que decorre da bilateralidade. O risco das partes é elemento do jogo de azar. Se apenas um deles enfrenta a possibilidade de ganhar ou de perder, se "não há risco" de ambos, não há jogo de azar. É o que ocorre na hipótese do parecer,

em que a eventualidade de ganhar ou de perder atinge quem joga. "O usuário interage apenas com a máquina, submetendo-se sozinho ao risco de ganhar ou perder" (laudo do perito José Lopes Zarzuela, Prof. da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo). A eventualidade não alcança o proprietário da máquina, a quem se atribui parcela compensatória dos gastos de sua aquisição, manutenção e funcionamento. Ele não intervém "dependendo da sorte". Insista-se: nos termos da lei, para que haja jogo de azar é indispensável que o ganho *e* a perda estejam condicionados à sorte. A norma não fala em ganho *ou* perda. Ora, se o tipo penal tem o "jogo de azar" como elementar e se no fato concreto da utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos ele não existe, resulta a atipicidade absoluta da conduta da exploração.

Não há falar-se em "jogo". E se ele existisse, não seria "de azar".

No encontro científico que tivemos em 18.08.1999 com Gimbernat Ordeig, considerado hoje o maior penalista da Espanha, tivemos a oportunidade de com ele conversar e expor nossa opinião a respeito da exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos em face da lei penal brasileira, apresentando-lhe a descrição do art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Concordou com a nossa posição em termos de que o fato é atípico, concluindo que "somente seria típico se tivéssemos a seguinte redação: 'Estabelecer ou explorar máquinas de diversão eletrônica" (ou definição semelhante). Observação: Gimbernat Ordeig é autor de prestigiosas obras de Direito Penal, dentre elas podendo ser citadas: *¿Qué es la imputación objetiva?, La causalidad en derecho penal, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Sobre los conceptos de omisión y comportamiento* etc.

Entendimento nesse sentido foi manifestado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, especificamente pela Promotoria de Justiça Criminal de Santos, em ofício de 26.08.1986 endereçado ao Delegado de Polícia Seccional da região, documento a que tivemos acesso: "Sucede, porém, que a exploração de máquinas" de diversão eletrônica, "segundo nosso entendimento, não constitui jogo. Em seu manejo não interfere a sorte uma vez que está tudo previamente programado, e tampouco a habilidade do apostador, que se limita a apertar teclas e esperar que a máquina apresente o programa preestabelecido..." (documento que nos foi apresentado).

No Laudo Pericial 01/020/19614/99, elaborado pelos peritos William do Amaral Júnior e Adriano Issamu Yonamine, da Superintendência da Polícia Técnico-Científica da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, solicitado pelo Exmo. Sr. Delegado de Polícia Divisionário da Disicep-Decon, Dr. Luiz Alberto de Souza Ferreira, e datado de 24.06.1999, o primeiro quesito apresenta a seguinte redação: "O resultado processado pela máquina examinada, ou seja, o ganho ou a perda, depende exclusivamente ou principalmente da sorte?" A que os senhores peritos responderam: "Sim", sem qualquer fundamentação, *i.e.*, sem unir a resposta sintética aos fundamentos da própria perícia, o que lhe retira a consistência, como veremos.

Observe-se que o art. 50, § 3.°, *a*, da Lei das Contravenções Penais, contém a cumulativa "e", ou seja, "o jogo em que o ganho *e* a perda dependam exclusiva ou

principalmente da sorte" (destaque nosso). No laudo, o primeiro quesito versou sobre a alternativa "ou" ("o ganho ou a perda"...). Ora, se o "ganho" *ou* a "perda", segundo o laudo pericial, na utilização da máquina examinada, depende, um ou outra, da sorte, há um empate. Além disso, o laudo esclarece que a "relação entre a entrada e a saída representa a devolução de créditos aos usuários" na base "de 84,26%". Ora, se o "ganho" ou a "perda", de acordo com o laudo, dependem da sorte, como é que a máquina poderia devolver aos usuários cerca de 84,26% de créditos? A margem bruta de ganho do proprietário é inferior à quinta parte do faturamento total, enquadrando-se nos limites aceitos como lícitos e normais, de acordo com o art. 4.º, *b*, da Lei 1.521/51 (laudo do perito Dr. José Lopes Zarzuela, Prof. da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo).

A Portaria 23, de 08.06.1999, disciplinou o Dec. 2.574, de 29.04.1998, que, por sua vez, regulamentou a Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé). Seu art. 28 reza o seguinte:

"É vedada a instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas de jogo de azar, de máquinas de diversões eletrônicas e/ou máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo que não atendam às especificações desta Portaria, em especial ao disposto nos Capítulos I, II, III e IV desta Portaria."

Note-se que a disposição fala em "máquinas de jogo de azar" e "máquinas de diversões eletrônicas". Estão separadas na oração. Logo, "máquinas de diversões eletrônicas" não são "máquinas de jogo de azar". Conclusão: a utilização das "máquinas de diversão eletrônica" não pode configurar "jogo de azar". Não há falar-se, assim, em contravenção de jogo de azar.

E não pode ser empregada a analogia, no sentido de se enquadrar o fato na norma contravencional por semelhança ou equiparação. Como sabemos, é vedado em matéria penal o emprego da analogia *in malam partem*. E nem cabe interpretação extensiva: não pode ser considerado "jogo de azar" aquilo que nem jogo é.

Assim, o fato da utilização das máquinas de diversão eletrônica para adultos é absolutamente atípico em face da contravenção de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais).

2.2 Atipicidade do fato em face da ausência de imputação objetiva de lesão a bem jurídico. A teoria do risco permitido como excludente da tipicidade

Foi sempre um problema para a teoria da relação de causalidade objetiva (*imputatio facti*) a questão do risco de determinada conduta. Suponha-se que o filho, para ficar com a herança do pai, conhecedor do perigo das tormentas, induza-o a visitar um bosque no momento em que se aproxima uma tempestade, vindo uma descarga a matá-lo. Aplicada a doutrina causal da *conditio sine qua non*, responderia pelo resultado por força da teoria da equivalência dos antecedentes: eliminado o induzimento, a vítima não iria ao bosque e não encontraria a morte (princípio da eliminação hipotética). Estariam presentes, no fato típico, o comportamento doloso, o resultado (morte do pai), o nexo de causalidade entre a indução e o evento e a tipicidade. E, ausente causa excludente da antijuridicidade,

o filho imputável responderia por crime de homicídio doloso, uma vez exigível conduta diversa e evidente o conhecimento potencial da ilicitude.

Imagine-se que o sujeito disponha uma máquina de diversão eletrônica em lugar público, vindo uma pessoa maior a perder dinheiro no jogo. Aplicada a teoria da equivalência dos antecedentes, numa visão meramente objetiva do nexo de causalidade, o proprietário do mecanismo seria causador da redução do patrimônio do jogador, respondendo por eventual infração penal.

Em todos os hipotéticos casos, aplicando-se rigorosamente a teoria do nexo causal (teoria da equivalência das condições), os sujeitos respondem por crime, se previsto em lei, imputando-se objetivamente o resultado material (Teresa Pizarro Beleza. *Direito penal.* Lisboa : AAFDL, p. 139).

Essa solução, entretanto, não é correta, uma vez que os sujeitos apenas se aproveitaram de riscos existentes na vida social, alguns normalmente tolerados, os chamados "riscos permitidos", não tendo realmente "criado", com seus convites, artifícios e maquinações, perigo para objetos jurídicos das pretensas vítimas. No caso da tempestade, por exemplo, a morte do pai ocorre sob o efeito de forças naturais não controláveis pelo filho, que não tem domínio sobre o fato. Ele não pode ser considerado "autor". Por isso, a doutrina vinha há muito tempo recomendando a eliminação, nos Códigos Penais, da exigência da relação de causalidade objetiva entre a conduta e o resultado nos crimes materiais.

A imputação, na verdade, não é um problema de nexo objetivo entre a conduta e o resultado naturalístico, mas de relação entre um comportamento e a afetação de um bem jurídico. No sentido de dar solução acertada a tais casos, investindo contra a causalidade material, a doutrina passou a adotar outras teorias, como a da condição próxima, da causa eficiente, da causalidade adequada, da relevância típica etc. Essas novas idéias, entretanto, não resolveram todos os problemas da relação causa-resultado. Em face disso, os penalistas procuraram soluções na doutrina da "imputação objetiva", nos dias de hoje a mais acatada no terreno da atribuição do resultado jurídico.

No plano penal, não obstante as críticas ao princípio da causalidade formuladas no campo das ciências naturais e sociais, a regra da relação entre o antecedente e o conseqüente prosseguiu durante muito tempo, até que, no século XX, pretendeu-se amenizar o princípio da "determinação" com a introdução da teoria da "probabilidade". Assim é que, no relacionamento entre conduta e resultado, autores passaram a advogar a teoria da causalidade adequada e da relevância típica, dentre outras.

Foi nesse contexto que surgiu a teoria da imputação objetiva como "verdadeira alternativa à causalidade" (Juan Bustos Ramírez, "La imputación objetiva", em *Teorías actuales en el derecho penal.* Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998, p. 211). Pretende substituir, no futuro, a doutrina da causalidade material (Raul Peña Cabrera. *Tratado de derecho penal, Estudio programático de la Parte General.* Lima : Editora Juridica Grijley, 1995, I:291). No momento, sem prescindir de maneira absoluta da causalidade, é seu complemento (José María Luzón Cuesta. *Compendio de derecho penal, Parte General.* Madri : Dykinson, 1998. p. 76), atuando como critério restritivo do dogma causal material (Cezar Roberto

Bitencourt. *Teoria geral do delito.* São Paulo : RT, 1997. p. 68, nota 4). Ela completa a teoria do nexo de causalidade objetiva, fornecendo solução adequada às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória. É amplamente dominante na doutrina, especialmente na Alemanha e na Espanha.

De acordo com a teoria da imputação objetiva, o fato só pode ser atribuído ao sujeito quando sua conduta criou ao bem jurídico um risco juridicamente não permitido, materializando-se o perigo no evento típico (Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Granada : Editorial Comares, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, 1993. p. 258).

Pressupõe "a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo" (Claus Roxin. *Derecho penal.* Madri : Civitas, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, 1997. p. 364, n. 41). Tem por fundamento "o incremento do risco e o fim de proteção da norma" (Luiz Régis Prado. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo : RT, 1999. p. 167). Por isso, não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, e sim o resultado (ou evento) jurídico, que corresponde à lesão ou ao perigo de lesão do bem penalmente tutelado, *i.e.*, o objeto jurídico.

Para que haja uma figura típica concretizada pelo sujeito, segundo a teoria da imputação objetiva, cumpre verificar:

1.° – se a conduta criou um risco juridicamente proibido ao bem jurídico;

2.° – se o fato concretizado corresponde à realização do risco juridicamente desaprovado (Henrique Bacigalupo. *Manual de derecho penal. Parte general.* Bogotá : Temis-Ilanud, 1984. p. 99).

Faltando um dos requisitos o fato é atípico, uma vez que a imputação objetiva pertence à tipicidade. Assim, a ausência da imputação objetiva conduz à atipicidade do fato. De modo que não há delito por ausência de fato típico. E inexiste fato típico por ausência de tipicidade.

No caso objeto do parecer, como veremos, inexiste lesão a objeto jurídico.

A doutrina penal entende que o objeto jurídico do crime é o bem-interesse protegido pela norma. Bem é tudo aquilo que satisfaz as necessidades humanas, seja de conteúdo material ou imaterial, como a vida, a honra, o patrimônio etc. Interesse é a relação entre o sujeito e o bem. Como dizia Antolisei, bem é tudo aquilo que nos pode servir, consistindo em qualquer coisa apta a satisfazer a necessidade humana, podendo configurar um objeto do mundo exterior (ex.: uma coisa que se possua), uma qualidade do sujeito (ex.: a incolumidade corpórea) ou algo de natureza imaterial, como a solidariedade humana, a honra, o pudor etc. (*Manual de derecho penal.* Buenos Aires : Uthea, trad. Juan Del Rosal e Ángel Torio, 1960. p. 134). No fundo, observava Antolisei, o interesse não é mais do que o reflexo subjetivo do bem e expressa a tendência ou aspiração do sujeito em sua conservação (idem). De observar, contudo, que muitos doutrinadores empregam indistintamente as expressões "bem" e "interesse" para indicar a objetividade jurídica do delito.

Modernamente, entende-se que, na realidade, objeto (ou bem) jurídico é a "relação de disponibilidade" entre o sujeito e a coisa (Zaffaroni e Pierangelli.

Manual de direito penal brasileiro. São Paulo : RT, 1997. p. 464 e 465). Note-se que o dano (lesão) pode recair sobre o interesse, sobre o bem ou sobre ambos. Como observava Antolisei, no furto de um automóvel não há alteração do objeto material (bem), recaindo a lesão sobre o interesse (relação entre o proprietário ou possuidor e a coisa). Se, entretanto, alguém destrói o veículo, a lesão incide diretamente sobre o bem. É de ver que, no último caso, lesionando o objeto material (bem), o sujeito ofende também o interesse, uma vez que, destruindo o automóvel, o autor causa a perda, por parte do *dominus*, da *disponibilidade* sobre ele. A lesão do bem, na lição de Antolisei, pode ou não verificar-se; a lesão do interesse, porém, sempre ocorre (*La acción y el resultado en el delito*, trad. José Luis Pérez Hernández. México : Editorial Jurídica Mexicana, 1959. p. 120, n. 40). Conclui-se que o crime pode atingir o objeto jurídico (interesse) sem afetar o objeto material (bem). Em certos casos, ofende não só o interesse, lesionando também o objeto material. Em todas as hipóteses, porém, há dano ao interesse.

No fato aventado no parecer inexiste imputação objetiva em razão da autorização do Poder Público na importação das questionadas máquinas, após perícia regular na esfera federal. Quer dizer: nenhum fato criminal pode ser imputado aos proprietários porque a conduta da exploração das máquinas, legalmente importadas, não cria "risco juridicamente proibido ao bem jurídico" (1.ª condição da imputação objetiva).

Qual a razão?

Ocorre que o Estado permite a importação de máquinas de diversão eletrônica, impondo-lhe tributos. Ora, ele não permitiria a importação de máquinas cujo mecanismo, quando acionado, viesse causar um risco aos usuários. Se a importação é legal, não se pode falar em "risco proibido" em sua utilização.

Como consta dos documentos a nós apresentados, o Estado, diga-se, o Governo Federal, autoriza a importação das mencionadas máquinas, cobrando o imposto devido. Logo, o fato de sua exploração não cria nenhum "risco proibido" ao *superado* objeto jurídico da contravenção questionada, qual seja, "os bons costumes". Sob outro aspecto, se a própria Constituição Federal permite os "concursos de prognósticos", como admitir que configura infração penal de jogo de azar a utilização de um mecanismo legalmente importado e objeto de tributação exigida pelo Governo Federal? Ainda mais quando nesse mecanismo não se pode dizer que haja jogo! Como se o Estado dissesse: "Pode importar a máquina, pagando tributo. Mas se a colocar em funcionamento, comete ilícito penal".

A conduta de quem induz alguém a submeter-se a um risco normal na vida em sociedade, o chamado "risco tolerado", não gera adequação típica, *i.e.*, não constitui nenhum tipo incriminador, por aplicação da teoria da imputação objetiva. Segundo a doutrina mais moderna, induzir alguém a se colocar em tal situação que venha a correr um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica, não pode configurar tipo penal incriminador. De modo que não há delito por ausência de fato típico. É o que ocorre no caso do parecer: o proprietário da máquina dispõe ao usuário uma situação permitida pelo Estado, uma vez que este permite sua importação tributada, de modo que se torna implícita a tolerância a eventual risco advindo de sua utilização (teoria do risco tolerado). O fato não pode configurar infração penal.

2.3 Licitude do fato diante da autorização do Poder Público para a exploração de concursos eletrônicos em que o resultado depende de prognósticos calcados na teoria da probabilidade

Para efeito de argumento, ainda que, por mera suposição, o que não ocorre entre nós, a utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos fosse jogo, ou que não fosse caso de aplicação da teoria da imputação objetiva, apresentando o fato de sua exploração tipicidade em face da norma do art. 50 da Lei das Contravenções Penais, não constituiria infração penal por ausência de antijuridicidade, como procuraremos demonstrar.

De se questionar o valor do consentimento ou autorização do pretenso sujeito passivo para a prática do fato em tese considerado infração penal.

O Código Penal de 1890, em seu art. 26, *c*, determinava que o consenso do ofendido não excluía a intenção criminosa, salvo nos casos em que a lei só a ele permitia a ação criminal. A disposição tratava do consentimento do ofendido manifestado após a prática do crime e a expressão "ação criminal" era empregada no sentido de "ação penal" e não de conduta criminosa. Daí as observações de Lima Drummond: "O consentimento posterior não evitaria, porém, a responsabilidade criminal do agente, a menos que esse consentimento se traduzisse em perdão como causa extintiva da ação penal em crimes de ação privada. Naturalmente, por isso, o legislador brasileiro estabeleceu no CP, art. 26, *c*, que não dirime nem exclui a intenção criminosa o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal. É imprópria a terminologia do CP, porque, nos casos excepcionais em que a lei só ao ofendido permite ação criminal, o consentimento do ofendido não dirime, nem exclui, propriamente, a intenção criminosa, se esse consentimento é posterior. O consentimento posterior impede que se inicie a ação penal nos crimes de ação privada" (Paulo Domingues Viana. *Segundo as preleções de Lima Drummond, Direito criminal.* 6. ed. Rio de Janeiro, 1936. p. 115 e 116).

O Projeto Sá Pereira, em sua feição primitiva, conceituava o consentimento do ofendido como causa de isenção de pena "quando o objeto do crime for um bem ou um interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor".

O Projeto Alcântara Machado, em seu art. 14, I, determinava: "Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado". A Comissão Revisora, porém, entendeu desnecessária a disposição, motivo pelo qual o Código Penal de 1940 não tratou da matéria. Nem as reformas penais de 1977 e de 1984.

Hoje, em face de nossa legislação criminal, o consentimento do sujeito passivo pode funcionar como:

a) causa excludente da tipicidade; ou

b) causa excludente da antijuridicidade.

Quando a figura típica contém o dissentimento do ofendido como elemento específico, o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade. Exs.: 1.°) o crime de violação de domicílio possui a seguinte descrição: "Entrar ou per-

manecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências" (CP, art. 150, *caput*); 2.°) o art. 164 do mesmo estatuto, descrevendo um subtipo de crime de dano, tem a seguinte redação: "Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo". Nesses casos, o dissenso do pretenso sujeito passivo funciona como elementar dos tipos. Assim, a presença do consentimento da vítima torna atípicos os fatos. No crime do art. 150, se o titular do bem jurídico consente na entrada do agente, o fato por este cometido é atípico, *i. e.*, não se amolda à definição legal.

Nas figuras em que o dissentimento do ofendido não aparece como elementar, o consenso funciona como causa de exclusão da antijuridicidade. Exs.: 1.°) não há crime de dano (CP, art. 163) quando o titular do bem jurídico consente em que seja danificado, destruído ou deteriorado; 2.°) não há delito de injúria (CP, art. 140) quando o titular da honra subjetiva consente em que seja maculada.

É o que ocorre no fato objeto do parecer, em que o elemento normativo "falta de autorização" não está contido na definição da contravenção de jogo de azar (art. 50, *caput*, da Lei das Contravenções Penais), como veremos a seguir.

Cumpre assinalar que, hoje, a Seguridade Social tem por suporte material a "receita de concursos de prognósticos" (sustentação parcial). Sobre isso, dispõe a Constituição Federal em seu art. 195, III:

"A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

III – sobre a receita de concursos de prognósticos."

Verifica-se que parte da receita obtida dos concursos de prognósticos, admitidos pela Carta Magna e atualmente realizados por órgãos do Poder Público e também por sociedades comerciais e civis (art. 35, § 1.°, do Dec. 2.173/97), é destinada á Seguridade Social. Assim, a licitude do exercício da atividade que concretiza os concursos de prognósticos advém de preceito constitucional. Não pode, pois, ser considerado ilícito pela lei ordinária, quer do ponto de vista civil quer criminal. Sua legalidade tem origem em lei máxima, *i.e.*, tem por cobertura a própria Carta Magna. Como é cediço, a norma ordinária está proibida de considerar crime ou contravenção fato autorizado pela lei maior.

Como observou André Ramos Tavares, proibições, como a contida na Lei das Contravenções Penais, não subsistem em face da Constituição Federal de 1988 ("Os jogos de azar", *Folha de S. Paulo*, Letras jurídicas, 11.01.1998). A conclusão é absolutamente correta: não pode ser considerada infração penal a prática de fato permitido pela Constituição Federal. Não é crível que a mais alta norma do País venha a admitir a tributação de atividade ilícita. Com efeito. Se o concurso de prognósticos é constitucionalmente lícito, sua prática, obedecidas as prescrições legais, não pode ser proibida pela ordem jurídica infraconstitucional. Na lição de Luiz Flávio Gomes, as normas que permitiram à União a exploração lotérica em nosso País derrogaram as leis de Direito

Penal que proibiam o jogo de azar (*Estudos de direito penal e processo penal.* São Paulo : RT, 1999. p. 203).

É comum na doutrina brasileira o ensinamento de que os bons costumes constituem o bem jurídico da contravenção de jogo de azar (Marcello Jardim Linhares. *Contravenções penais.* São Paulo : Saraiva, 1980. p. 424). Esta tese está superada. Era correta ao tempo em que o Estado não se permitia a prática de jogos, época em que a moralidade desrespeitada inspirava a cominação de sanções aos contraventores da jogatina (José Duarte. *Comentários à Lei das Contravenções Penais.* 2. ed. Rio de Janeiro, 1958, II:224 e 225). Hoje, contudo, quando o Estado mantém parte do monopólio do jogo, como manter a "regra da parte lícita e da parte ilícita"? Como diz Luiz Flávio Gomes, "se o jogo em si fosse imoral, como poderia o Estado explorá-lo?" (op. cit., p. 207). No mesmo sentido: Giovanni Pioletti, *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, 1970, p. 69, apud Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 207, nota 11; Giovanni Pioletti, *Il giuoco nel diritto penale*, p. 55; Paulo Lúcio Nogueira, op. cit., p. 273. Na verdade, a objetividade jurídica da infração do art. 50 da Lei das Contravenções Penais projeta-se no "monopólio estatal da exploração dos jogos" e não nos "bons costumes". Nesse sentido: Marcello Jardim Linhares, op. cit., p. 489; Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 209.

A permissão constitucional está de acordo com a tendência mundial da descriminação, em termos de reservar às leis incriminadoras somente os fatos de maior relevância lesiva, remetendo à fiscalização e às sanções extrapenais os fatos de menor significado social (Damásio E. de Jesus. *Regras de Tóquio,* tradução, Brasília : Imprensa Nacional, 1998. p. 31). Na espécie, é difícil convencer alguém de que constitui crime o fato de o proprietário permitir ao usuário tentar ganhar algum dinheiro, segundo as regras da probabilidade, utilizando máquinas de diversão eletrônica para adultos, quando o próprio Estado é detentor do poder de instituir várias loterias (Geraldo Landrove Diaz. *Los juegos ilícitos.* Santiago de Compostela : Gráficas Europa, 1971. p. 9). Realmente, nos últimos anos, o Estado vem explorando e promovendo vários jogos, como a loto, a loteria esportiva, a loteria federal, a casa própria e outros, em que o ganho e a perda dependem da eventualidade.

Sob outro aspecto, que não deve ser esquecido, a Constituição Federal prevê o princípio da livre iniciativa, pelo que é conferido liberdade a qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que observadas determinadas regras (arts. 5.º, XIII, e 170, *caput*).

No plano da legislação ordinária, a Lei 8.212, de 24.07.1991, tratando da organização da Seguridade Social, determinou seu plano de atuação, conceituando "concursos de prognósticos" no § 1.º do art. 26:

"Consideram-se concursos de prognósticos todos e quaisquer concursos de sorteios de números, loterias, apostas, inclusive as realizadas em reuniões hípicas, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal."

E o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, previsto no Dec. 612, de 21.07.1992, dispôs:

"Considera-se concurso de prognóstico todo e qualquer sorteio de números, loteria, aposta, inclusive a realizada em reuniões hípicas, nos âmbitos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal" (art. 35, § 1.º).

Houve sempre leis e decretos autorizando a prática de jogos:

• o Dec.-lei 594, de 27.05.1969, que instituiu a "loteria esportiva federal";

• a Lei 5.768, de 20.12.1971, sobre a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, a título de propaganda, com autorização do Poder Público;

• a Lei 6.905, de 11.05.1981, permitindo a realização de concursos de prognósticos esportivos, já admitido pelo Dec.-lei 594/69, para fins de renda à Cruz Vermelha Brasileira;

• a Lei 7.856, de 24.10.1989, destinando a renda líquida dos concursos de prognósticos, na esfera federal, à Seguridade Social;

• a Lei Complementar 79, de 07.01.1994, estabeleceu que 3% do montante arrecadado nos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no plano federal, devem ser endereçados ao Fundo Penitenciário Nacional;

• a Lei 9.092, de 12.09.1995, conferiu à Federação das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais, anualmente, o montante da renda líquida de um teste da loteria esportiva federal.

Convém anotar a Lei 9.615, de 24.03.1998 (a chamada "Lei Pelé", revocatória da "Lei Zico"), que concede "permissão para a realização dos jogos de bingo em todo território nacional", desde que acatadas suas disposições, regulamentadas pelo Dec. 2.574, de 29.04.1998, e pela Portaria 23, de 08.06.1999.

E há inúmeras portarias regulamentando a matéria, como a Portaria 104, de 14.10.1998, dispondo sobre a habilitação, a autorização, o controle, a operação e a fiscalização de "máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo".

Compete, pois, ao Poder Público, por intermédio da legislação ordinária e de recursos administrativos, em atenção ao princípio da livre iniciativa, fiscalizar a utilização das referidas máquinas. Nunca proibir o seu funcionamento sob o fundamento de que se trata de atividade ilícita. É o que vem ocorrendo em inúmeros Estados da América do Norte, que, diante da permissão legal, estabelecem um sistema de fiscalização e não de repressão (Chandra L. Mclean, "Aiken waits for state to decide video poker law", Web, 10.06.1999).

A conclusão é simples:

1.º) A contravenção de jogo de azar, descrita no art. 50 da Lei das Contravenções Penais, tem como sujeito passivo o Estado, titular do bem jurídico (Luiz Flávio Gomes, op. e loc. cits.; Damásio E. de Jesus. *Lei das Contravenções Penais anotada*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 160, *no prelo*);

2.º) Ocorre que o próprio Estado autoriza a prática de jogos (CF, art. 195, III; Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé));

3.º) Logo, à exploração de jogos falta antijuridicidade, não se adequando o fato à norma do referido art. 50.

Essa era exatamente a razão que levou Paulo Lúcio Nogueira a dizer: "a contravenção de jogo de azar exige, além de seus requisitos típicos, não ter o agente 'autorização'" (*Contravenções penais controvertidas*. 3. ed. São Paulo : EUD, 1992. p. 275).

Isso foi expressamente reconhecido pela Inspetoria Regional de São Paulo da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em ofício assinado pelo Inspetor Regional Paulo Cremonesi dirigido à Inspetoria Geral, em 26 de março de 1998: "É nosso entendimento que, mesmo que essas máquinas se constituíssem em 'jogo', onde o fator sorte inserir-se-ia dentro do contexto da relação de consumo, inexistiria tipo contravencional previsto na legislação específica, posto que autorizado pelo órgão público competente" (caso Bingo Matic).

A orientação de que a prática de jogos, incluindo-se os de azar, em face da Constituição Federal de 1988 e nos termos da fundamentação expendida neste parecer, não conduze mais à ilicitude penal não é isolada. Dela partilham: Celso Bastos, Ives Gandra Martins, Miguel Reale, Miguel Reale Junior, Paulo Lúcio Nogueira, Luiz Flávio Gomes e Andre Ramos Tavares. Na jurisprudência, no mesmo sentido, tratando da contravenção do jogo do bicho: *RT* 548-321; Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ApCrim 297.036.758, 4.ª Câm., rel. Juiz Aramis Nassif, *RT* 753-699; Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ApCrim 694156100, 4.ª Câm., j. 10.05.95, *RT* 753-702; Julgados do Tribunal Criminal de Alçada de São Paulo 70-194; 81-248 e 84-127; Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul 45-149. *Vide* ainda sobre o assunto: Alberto Silva Franco *et al.*, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo : RT, 1995. p. 250 et seq.; Olavo de Oliveira Neto. *Comentários à Lei das Contravenções Penais,* p. 194 (apud Luiz Flávio Gomes, op. e loc. cits.).

Ora, se no plano dos jogos "em geral" é tecnicamente admissível a tese de que não conduzem à prática de infração penal, por maior razão no tocante às máquinas de diversão eletrônica, os chamados "caça-níqueis", cuja utilização nem jogo configura. No sentido da licitude: Marcello Jardim Linhares, *Contravenções penais.* São Paulo : Saraiva, 1980. II:432.

Ressalte-se a hipótese de a utilização de máquinas de diversão eletrônica para adultos constituir infração penal: conterem fraude, o que está sobejamente demonstrado inexistir nos documentos que nos foram apresentados, consubstanciados em dezenas de laudos periciais. Em tese, havendo vício nas máquinas, o fato consistiria crime contra a economia popular, também inexistente na hipótese, como veremos a seguir.

3. A Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé) e as máquinas de diversão eletrônica

O art. 81 da Lei 9.615, de 24.03.1998, a denominada "Lei Pelé", criando um delito de mera conduta, tem a seguinte redação:

"Manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa."

Esse dispositivo incriminador é sancionador da determinação contida nos arts. 72 e 73 da mesma Lei:

"As salas de bingo destinar-se-ão exclusivamente a esse tipo de jogo" (art. 72).

"É proibida a instalação de qualquer tipo de máquinas de jogo de azar ou de diversões eletrônicas nas salas de de bingo" (art. 73).

Esses preceitos, salvo o de natureza criminal, estão repetidos nos arts. 102 e 103 do Dec. 2.556, de 29.04.1998, que regulamentou a Lei 9.615/98.

O fundamento da proibição não se encontra na avaliação da utilização das máquinas de diversão eletrônica no plano moral ou legal. O legislador visou a conceder às salas de bingo um ambiente de concentração psíquica, permitindo aos jogadores uma aplicação mental atenciosa, sem ruídos e movimentação pessoal. Além disso, não se deve ter esquecido do aspecto tributário: o isolamento do bingo permite mais fácil fiscalização.

No plano administrativo, apura-se que, de acordo com a lei, as máquinas de diversão eletrônica ("caça-níqueis") não podem ser instaladas nas salas de bingo. Logo, podem ser dispostas em outro local, por exemplo, nas salas contíguas. Note-se que a lei não proíbe a colocação das referidas máquinas no "estabelecimento" onde funciona o bingo. É muito clara a repetição da expressão "salas" em cinco dispositivos da Lei Pelé e de sua regulamentação. De modo que não pode haver dúvida: a única proibição refere-se a que não sejam utilizadas nas mesmas salas de bingo. Fora delas, não há ilegalidade. O legislador concedeu uma declaração de licitude aos "caça-níqueis".

Sob o aspecto penal, só há crime quando as máquinas de diversão eletrônica encontram-se instaladas nas salas de bingo. Logo, inexiste delito quando se acham em salas que não são destinadas ao bingo. Manifestam o mesmo pensamento Ives Gandra Martins e Celso Bastos (pareceres que nos foram apresentados).

A conclusão é tão óbvia que Ives Gandra Martins, em seu parecer, diz que a argumentação supra "é de tal ordem" que ele poderia desprezar outras considerações. E com razão. Se a norma incriminadora afirma que o delito consiste em manter máquinas de diversão eletrônica em salas de bingo, torna-se evidente a atipicidade do fato quando praticado além desse limite espacial.

4. A Portaria 23, de 08.06.1999, e as máquinas de diversão eletrônica

A Portaria 23, de 08.07.1999, regulamentou o Dec. 2.574, de 29.04.1998, que, por sua vez, disciplinou a Lei 9.615, de 24.03.1998 (Lei Pelé). Seu art. 28 reza o seguinte:

"É vedada a instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas de jogo de azar, de máquinas de diversões eletrônicas e/ou máquinas eletrônicas programadas para a exploração do jogo de bingo que não atendam às especificações desta Portaria, em especial ao disposto nos Capítulos I, II, III e IV desta Portaria".

A Portaria proíbe a "instalação e a operação de quaisquer tipos de máquinas" "de diversões eletrônicas" que "não atendam às especificações" por ela determinadas. Significa que permite a "instalação e operação de máquinas" de "diversões eletrônicas" que "atendam as especificações" por ela determinadas. Conclusão: a utilização das máquinas de diversão eletrônica não configura fato ilícito.

5. Inexistência de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951)

O art. 2.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951, tem a seguinte redação:

"Obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de um número indeterminado de pessoas mediante especulação ou processos fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismos' e quaisquer outros equivalentes)".

Supõe-se que a exploração das máquinas mencionadas no parecer estivesse enquadrada nessa disposição, com o argumento de que seus proprietários estariam obtendo vantagens ilícitas em prejuízo de um número indeterminado de usuários.

De ver-se, contudo, que não há crime contra a economia popular na exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos.

O fato de um indeterminado número de pessoas não conseguir obter a combinação premiada, por si, não configura o crime do art. 2.º, IX, da Lei de Economia Popular. Nos termos da legislação, só há atividade criminosa quando alguém explorar as máquinas de modo a programá-las no sentido de o resultado lhe assegurar ganho certo, iludindo os apostadores, fazendo-os acreditar que poderão vir a ter alguma vantagem financeira, na verdade inexistente. Note-se que o "processo fraudulento" é elemento do tipo. Sem fraude não há crime.

Para haver delito, repita-se, é necessário que se produza prova idônea de que as máquinas estão previamente preparadas por meio de fraude em seu mecanismo ou programação para impedir o sorteio de qualquer combinação premiada. Sem o emprego desse meio fraudulento não existe a possibilidade de um número indeterminado de usuários serem lesados. É imprescindível, portanto, que perícia específica revele ser a fraude característica da máquina, como, por exemplo, a existência de microchaves mecânicas que interfiram no programa de jogo, no *software*, e substituam o curso aleatório das seqüências por um comando enganoso.

Como se vê, para que o fato constitua crime contra a economia popular é preciso que prova pericial conclua que o programa das máquinas eletrônicas contém preparação específica, de modo a gerar possibilidade de fraude a um número indeterminado de usuários, subsumindo-se assim ao tipo do art. 2.º, IX, da Lei 1.521/51. Se a perícia apontar que o maquinismo não está fraudado, nem adulterado, de maneira a modificar o resultado normal, que adviria de acordo com a lei das probabilidades, não se pode falar em crime contra a economia popular.

No caso, como ficou consignado, os consulentes nos apresentaram dezenas de laudos periciais demonstrando a inexistência de fraude nas máquinas eletrônicas. Assim, por exemplo, o perito criminal Edvaldo Messias, engenheiro, do Núcleo de Perícias Criminalísticas de Campinas, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em laudo de 18 de fevereiro de 1999, concluiu: "não se constatou mecanismo na parte mecânica ou no *hardware* que interferisse no andamento do jogo" da máquina; "constatou-se que a relação entre a entrada e a saída de créditos foi em média 80,28%" (um das dezenas de documentos a que tivemos acesso). Não há fraude. E sem fraude inexiste a mencionada espécie de crime contra a economia popular.

Adotando posição *aplicável* ao caso do parecer, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o crime de "ganhos ilícitos em máquinas de vídeo-pôquer" só existe quando presente "programação fraudada', de modo a

restringir as oportunidades de ganho dos usuários" (REsp 1.954, Rio de Janeiro, 27 de novembro de 1990, v. u., rel. Ministro Carlos Thibau, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, fev. 91, 3(18):339-518).

Inexiste, pois, crime contra a economia popular.

6. Conclusões

De acordo com nosso entendimento, a exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos não configura:

1.°) a contravenção de jogo de azar do art. 50 da Lei das Contravenções Penais porque:

1. o fato não é típico;

2. ainda que fosse, não seria antijurídico.

2.°) crime contra a economia popular (art. 2.°, IX, da Lei 1.521/51), a não ser quando se comprove fraude em seu funcionamento.

É a nossa posição doutrinária:

"Máquinas de diversão eletrônica (caça-níqueis) – Segundo entendemos, o fato de sua utilização não constitui a contravenção de jogo de azar porque: 1.°) não é típico em face da descrição do art. 50, *caput*, e § 3.°, *a*, da Lei das Contravenções Penais: a utilização da máquina de diversão eletrônica não é 'jogo', elementar da figura típica, uma vez que lhe falta a característica da bilateralidade, nela inexistindo contendores; 2.°) ainda que fosse típico, estaria ausente a antijuridicidade, tendo em vista que sua importação é permitida e tributada pelo Governo Federal. Não é crível que o Estado permita a importação de um macanismo cuja utilização configure ilícito penal; 3.°) A Lei 9.615, de 24.03.1998, em seu art. 81, descreve como crime o fato de 'manter nas salas de bingo máquinas de jogo de azar ou diversões eletrônicas'. Logo, não há delito na instalação e funcionamento das referidas máquinas fora das salas de bingo. E não constitui o delito do art. 2.°, IX, da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51), a não ser quando existe fraude. Máquinas mantidas em sala de bingo: há previsão de crime, nos termos do art. 81 da Lei 9.615, de 24.03.1998, a chamada 'Lei Pelé'" (Damásio E. de Jesus. *Lei das Contravenções Penais anotada.* 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 162, no prelo).

7. Respostas aos quesitos

1.°) A exploração de máquinas de diversão eletrônica para adultos não tipifica a contravenção do art. 50, *caput*, e § 3.°, *a*, do Dec.-lei 3.688, de 30.10.1941 (Lei das Contravenções Penais).

2.°) Não se trata-se de jogo de azar.

3.°) Não há fraude no funcionamento das máquinas.

4.°) Não existe, na hipótese objeto da consulta, crime contra a economia popular descrito no art. 2.°, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951 (Lei de Economia Popular).

É o parecer.

São Paulo, 1.° de setembro de 1999.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.1

O PAPEL DO PENSAMENTO ECONOMICISTA NO DIREITO CRIMINAL DE HOJE*

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A nova ordem mundial: 2.1 Mundo globalizado; 2.2 Neoliberalismo; 2.3 Ação eficiente (câmbio epistemológico); 2.4 Desmonte do Estado (*deregulation*); 2.5 Desprezo pelo direito (flexibilização); 2.6 A naturalidade da aceitação: cooptação – 3. O lugar dos excluídos: 3.1 Excluído como não-consumidor (*homo famelicus*); 3.2 A sociedade 20 por 80; 3.3 *Tittytainment* (Brzezinski): o golpe pelo imaginário; 3.4 Gente com voz e voto; 3.5 Primeiro mundo no terceiro e terceiro mundo no primeiro; 3.6 A queda da classe média – 4. Pensamento economicista no direito criminal de hoje: 4.1 O direito penal mínimo: 4.1.1 Reação secundária; 4.1.2 Polifuncionalidade da pena; 4.1.3 Confronto com o abolicionismo; 4.2 Direito penal na contramão da história: 4.2.1 A deficiência do *tittytainment*; 4.2.2 Direito penal máximo: terror legal (Movimento de lei e ordem); 4.2.3 Ameaça constante: Grande Irmão (Orwell); 4.3 A reforma do processo penal: 4.3.1 Reforma real e reforma de aparência: mudança sistêmica; 4.3.2 Tendência de seguir inquisitório (gestão da prova); 4.3.3 Tendência a ter menos burocracia; 4.4 Tentativa de resistência: 4.4.1 Direitos e garantias individuais; 4.4.2 O preço das conquistas: não deslizar no imaginário; 4.4.3 Resgate da ética da alteridade.

Resumo: Há, inequivocamente, uma nova ordem mundial imposta e impondo-se, na qual o fenômeno da globalização parece não mais ter retorno. Surge, enquanto teoria, o neoliberalismo, marcado pelo combate ao Estado Social, pautado na negação do verdadeiro pensamento liberal, por força do que entenderam ser um excesso de igualitarismo. Nos campos do Direito Penal e Processual Penal, a *epistemologia eficientista neoliberal* impõe um rumo na *contramão da história*. O sistema passa a ser um *direito de força*, o que não é inédito na história da humanidade. Surgem movimentos, como aquele da Lei e da Ordem, baseados em um *direito penal máximo*. No âmbito do Direito Processual Penal a situação não é diferente, mormente quando em questão estão as tão discutidas *reformas* pautadas no pensamento economicista, traduzidas em uma luta contra os *excluídos*, os quais são mantidos no sistema quase que tão-só através da *prisão*. Diante disso, a democracia implica, hoje, resistência, para garantir a efetivação da cidadania. Resistir, assim, é sustentar uma *ética da alteridade* (Dussel), onde o *outro* – e o *Outro* – sejam levados em consideração nas suas efetivas dimensões.

(*) Texto especialmente preparado para o VII Encontro Internacional de Direito da América do Sul, realizado em Florianópolis, Santa Catarina, de 06 a 08.05.1998.

Palavras-chave: Neoliberalismo - Direito Penal - Direito Processual Penal - Reformas - Ética da alteridade.

1. Introdução

Antes de tudo, gostaria de agradecer imensamente aos organizadores deste maravilhoso VII Encontro Internacional de Direito da América do Sul, albergado no Desterro (de Nossa Senhora do), que a história, por seus homens, deu - ou teve de dar - como *polis* de Floriano, quiçá para infelicidade geral de qualquer catarinense menos descuidado que, como eu, não esquece dos mortos de Inhatomirim, pelos quais poder-se-ia ter fundado algo mais que um profundo amor por esta Ilha da velha figueira, da moça rendeira, tradicional...

Em especial, queria ressaltar o imenso respeito e fraternal amizade que tenho pelo ilustre Coordenador-Geral, Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel (em verdade o responsável direto pela irresponsabilidade da minha presença), sempre tão gentil e competente, mormente nas horas mais difíceis, onde vai para além de si mesmo, ou seja, algo cada vez mais raro em um mundo onde o narcisismo é a regra, mas não despiciendo quando em questão está, justamente, a transmissão de valores fundamentais como a solidariedade.

Vive-se hoje, como talvez nunca antes na história, a derrocada da *fraternidade*. Ela não foi - e não é - pieguice da modernidade. Andou, porém, adormecida diante do turbilhão formado pelas discussões que moveram o mundo após a Revolução Francesa (não sem razão), e que diziam diretamente com seus outros dois pilares-mores: *igualdade* e *liberdade*. A virada do mundo, porém, colocou-nos diante da possibilidade de consolidar-se o seu sepultamento e, sem ela, está à prova a nossa capacidade de não volver ao estado de natureza (Hobbes). Seguir pensando e repensando o cotidiano, sem trégua, em todos os campos do conhecimento, a par de ser o único caminho para uma melhor solução, parece ser, para muitos, uma forma de seguir vivendo e sobrevivendo.

Por isto, não há perdão ao operador jurídico, incluso aquele do direito criminal (visto aqui como abrangente dos seus variados ramos), quando não se dá ao labor de revisitar seus temas a partir da nova ótica. Eis, então, a razão pela qual é necessário tecer algumas considerações singelas sobre o que se tem passado e, a partir delas, sacar algumas conclusões sobre os dois ramos mais significativos do direito criminal.

2. A nova ordem mundial

Há uma nova ordem mundial imposta e impondo-se. Responde ao frenético mundo cibernético, mas, por incrível que possa parecer, não consegue fazer desaparecer a velha ordem, sobretudo pela sua própria deficiência interna, da qual a percepção não é tão simples. Vivemos, então, uma luta feroz e se para alguns é certo que o velho morreu, não parece menos certo que o novo, perfeito e acabado, não nasceu ainda, tão-só para relembrar a célebre afirmação de Gramsci. Por enquanto, pelo menos, o que tem sobrado de diferente, de tradicional, de

moderno e, por que não de democrático, ainda não foi considerado obra dos Cátaros e, portanto, não se ousou sustentar, no melhor estilo do Papa Inocêncio III, uma cruzada anti-herética; mas é preciso ter cuidado porque não estamos tão longe da barbárie.

2.1 Mundo globalizado

A geografia da nova ordem é a de um mundo globalizado (Santos). Como sói acontecer, rompem-se as fronteiras, em primeiro lugar, em nome das relações comerciais computadorizadas; e do *princípio do prazer* (Freud), se se olhar por outro ângulo: o homem nunca está e nunca vai estar satisfeito, dado que a satisfação é sempre parcial e incapaz de obturar a sua falta, ou seja, o buraco (negro?) presente na matriz da sua estrutura.

O fenômeno da globalização (ou globalizações, como querem alguns), porém, parece não mais ter retorno, sem embargo dos seus inúmeros inimigos. Bem estruturada na difusão, atinge a todos, mas só faz *gozar* a poucos, deixando à maioria tão-somente a esperança ou a desilusão, onde, definitivamente, coloca-se em risco.

2.2 Neoliberalismo

A teoria que lhe sustenta é o neoliberalismo. O nome deve-se a Lippmann, mas os fundamentos, no nascimento, estão marcados pela Sociedade de Mont Pèlerin (1947), encabeçada por Hayek, a qual vem fincada na inimizade de morte com o Estado de bem-estar europeu e com o New Deal norte-americano (Anderson).

Embora o radical *neo* pudesse sugerir um novo liberalismo, em suma o que nele se tem é uma negação do verdadeiro pensamento liberal, em que a liberdade não pode ser tomada desacompanhada da igualdade. Agora, o inimigo a ser combatido era – e segue sendo – o excesso de igualitarismo que permeia o Estado de bem-estar, fonte da sua hipertrofia.

Para impor tal teoria/ideologia economicista, como parece evidente, o Estado precisa engolir sua própria ideologia (Borón), negando seus princípios e postulados. Eis a razão pela qual, no início concreto de sua expansão (anos 70 e Tatcher no comando), as poucas vozes que se erguiam em tal direção pareciam de ultradireita e, não poucas vezes, sequer foram levadas em consideração. Mal se sabia o que vinha pela frente, mormente após a queda do muro de Berlim.

2.3 Ação eficiente (câmbio epistemológico)

Não se tratava, não obstante o desprezo inicial que sofreu, de mero aparato opinativo. Gente com uma história individual (e complicada) como aquela reunida em Mont Pèlerin, Hayek e Friedman na dianteira, quando colocada em conjunto e, quem sabe, pelo destino, no lugar e tempo certo, pode mudar (ou tentar mudar) o rumo da história coletiva, no mesmo diapasão de Hitler e seus compa-

nheiros na Alemanha nazista. A diferença, contudo, está na própria costura pressupostuária, na diferença epistêmica.

Com efeito, Hayek não se contentou em sugerir um combate ao Estado de bem-estar e seus postulados. Foi além, mexendo na base, isto é, substituindo a noção *epistemológica de causa-efeito pela de ação eficiente*. O câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade. Afinal, a *deificação do mercado*, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*homo oeconomicus*, que substituiu o *homo faber*: Assman), mas, naturalmente, toma o não-consumidor (*excluído*) como um empecilho. Ora, para ele resta o desamor de seu semelhante, em um mundo de *competição* (Miranda Coutinho).

Hayek, assim, combatendo o *construtivismo*, ou seja, as *instituições deliberadamente criadas* (por evidente que como frutos da razão e por que não como instrumentos de realização dos escopos da humanidade enquanto verdadeiros *limites*, desde que *objetos de conquista*), colocou em seu lugar um *mercado* que, naturalmente, após os *erros dos atores sociais*, saberia optar pelas *ordens naturais espontâneas* mais adequadas. A *razão*, assim, é incapaz, merecendo tutela por parte de um *pai* que se mostra *psicotizante*, ou seja, que em si e *ex ante* não relaciona seus *valores*, não elenca seus *limites*, não comporta uma *ética*.

Vale, a dita *ação eficiente*, como *fundamento epistêmico*; mas não é desprezível porque, para firmar-se, bastaria encontrar ambiente propício como, de fato, encontrou. O resto é jogo retórico, (inter)mediação, discurso. Enfeixa-se a partir daqui, por outro lado, o início do pesadelo neoliberal e, quem sabe, o ponto de partida da sua derrocada, posto que, mesmo não sendo ingênuo, *subestima o homem* e sua capacidade de indignação e resistência.

2.4 Desmonte do Estado (deregulation)

Na visão dos neoliberais, o Estado de bem-estar tornou-se um mastodonte e, se por um lado é incapaz de cumprir suas promessas, por outro mantém-se inexplicavelmente metido nas relações individuais, mormente no mercado, donde precisa sair de modo inadiável. É necessário, segundo os arautos desta visão economicista, desmontar esse Estado, rearranjando-o de forma tal que, na nova postura, seja um Estado mínimo.

Para tanto, em um primeiro momento, trata-se de fazer o seu sucateamento. Aquilo que à primeira imagem mostra-se ineficiente – e por algum ponto de vista poderiam ser todos os órgãos – não é guilhotinado, porque a cena horrenda poderia repercutir mal e representar, nos seus fins, o papel inverso ao que se pretende. Reserva-se-lhe, a partir de uma urdida estratégia, uma infecção mortal, a ponto de deixar o doente repulsivo aos olhos de terceiros. E aí, sucateado – e pestilento –, está no ponto de defecção. Nesta altura, basta pensar nas nossas Universidades Públicas e os orçamentos com que têm convivido (que é o que não se vê, discute ou toma em consideração), motivo maior das suas dificuldades. Hayek, por sinal, sustenta ser função do Estado tão-só aquelas correspondentes à *polícia* e a *cari-*

dade, o que é utópico, mas não impossível se nos conformarmos, resignadamente, com as surpresas que nos estão apresentando todos os dias.

Por outro lado, em uma visão macro, a definitiva escalada à demolição da velha perspectiva do Estado veio com a consolidação do independente *mercado financeiro global*, este sim detentor do *poder* em um mundo globalizado. Chegou-se a tanto, como parece primário, porque se foi tratando de promover um imenso programa de desregulamentação (*deregulation*) da economia, em que o ponto alto foi o rompimento das regras do sistema criado em Bretton Woods (1944), para regular a estrutura no pós-guerra. Por ele, todos os países que participavam tinham moedas que mantinham uma paridade fixa em relação ao dólar americano, ao mesmo tempo em que o Banco Central dos Estados Unidos garantia a conversão das reservas em ouro. Era, de um certo modo, um porto de referência (se não seguro) de controle das trocas ou transferências de capital (e de conseqüência, de bens), de modo que permitia e exigia uma administração. Ora, em um mundo global, neoliberal e cibernético, administrar o trânsito de dinheiro e o fluxo de capitais com autorizações prévias e, enfim, fiscalizações dos governos era – e é – mero óbice burocrático, absolutamente indesejável, dado a velocidade das negociações, que deveria ser afastado; e foi. Tudo, sem embargo, de que se sabia dos nefastos resultados, mormente no campo social e nos países periféricos. Não se podia esperar, todavia, que gente preocupada exclusivamente com o *ter* e não com o *ser* tivesse olhos para isso. No mais, aquilo que atravessasse – ou atravessar – no caminho (não importando a origem e relevância) deveria ser afastado, removido. Faz-se isso bulindo o Direito e os direitos.

2.5 Desprezo pelo direito (flexibilização)

Apresenta-se o neoliberalismo, no campo jurídico, a partir desta visão, calcada na máxima: "mais sociedade, menos Estado" (Grau). O direito, assim, é um empecilho, não propriamente porque consolida situações, engessando a história, mas porque isso pode significar a impossibilidade da tão almejada *eficiência*, imprescindível quando tudo passa a ser competição.

Há, por evidente, um *desprezo pelo direito*, mesmo porque sempre foi, na modernidade, exigência indeclinável a impossibilidade de regresso ao *status quo ante* quando a questão tratasse de *conquistas constitucionais* (Canotilho). Mas é principalmente a elas que se trata de atacar na nova ordem, com subterfúgios os mais variados e dentre os quais destaca-se a chamada *flexibilização*, sempre tão louvada pelos menos avisados. Enfim, estamos em uma situação deveras delicada, mormente quando vozes de relevância não se dão conta – ou não querem dar – da situação, de modo a ser viável relembrar a velha fórmula do abade Lacordaire, de que, em algumas hipóteses, a liberdade escraviza e a lei liberta.

Não se trata, portanto, de voltar ao positivismo, mormente na sua perniciosa face legalista, mas não há que pressupor ser melhor não propriamente um mundo de anomia, mas aquele onde não há espaço para a esperança democrática, para o crescimento do homem, para a sua dignidade, sempre correndo-se o risco de que

o discurso do direito é, por excelência, *imaginário* (Lacan) e, portanto, passível de se desmanchar a partir de um outro lugar, produtor da desilusão, do qual o maior exemplo é a fome.

2.6 A naturalidade da aceitação: cooptação

Sem embargo do largo espectro do padecimento, pasma como tudo é aceito, admitido e, pior, objeto de marcantes lutas dos próprios sofredores. Há uma recepção quase que natural (Ramalho), como se fosse um objeto que pudesse ser consumido. Trata-se, ao que parece, de articulada cooptação, no melhor estilo nazista. Faz-se da sedução uma arte, brincando-se com objetos do desejo e dando-lhes uma dupla face: satisfazer (sempre parcialmente, porém) aos incluídos e entorpecer (até quando?) os excluídos.

3. O lugar dos excluídos

Todas as dicotomias que o mundo conheceu não mais se mostram suficientes para dar conta da situação atual. Ricos e pobres, opressores e oprimidos, entre tantas outras, não refletem o *eficientismo* do pensamento economicista neoliberal. *Incluídos* e *excluídos* formam, agora, o resultado da lógica que tudo reduz ao mercado (*deificado*) e suas regras, em que a preocupação com o lucro, por elementar, desponta.

A nova dicotomia está presente em todos os campos, mas assume, para a análise que nos interessa agora, um especial papel no direito criminal de hoje, razão por que merece ser sempre visitada.

3.1 Excluído como não-consumidor (homo famelicus)

No mundo globalizado neoliberal, os *excluídos* são produtos do sistema, mas carregam a *culpa* de não terem sabido alcançar sua *inclusão* (Hayek). Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do *mercado*, *consumindo* e, de conseqüência, *produzindo*.

O *excluído*, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado (é um *não-consumidor*), coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho, dado continuar demandando pelas necessidades básicas (*homo famelicus*). À margem do sistema, precisa de uma chance para ajustar-se à nova situação, mas, se preferir continuar na marginalidade, pouco há para ser feito (Dahrendorf), quando os olhos devem voltar-se para o futuro e a atuação dirigir-se a criar mecanismos que não permitam a mesma situação em novas gerações.

3.2 A sociedade 20 por 80

A reunião promovida pela Fundação Gorbachev no final de setembro de 1995, no Hotel Fairmont, em São Francisco, na Califórnia, reunindo quinhentos

líderes empresariais e políticos, além de cientistas de todo o mundo, resultou em conclusões que são paradigmáticas para a compreensão do que estamos vivendo (Martin/Schumann). A situação dos *excluídos*, seu futuro e o de todos não foram esquecidos nas discussões; o resultado é trágico, mas realista, não podendo ser olvidado jamais por qualquer um que pense em situar-se na racionalidade neoliberal.

A *sociedade 20 por 80* é uma conclusão indescartável à análise. Com efeito, no ritmo em que vão as coisas, no próximo século bastaria 1/5 da mão-de-obra em condições de produzir para dar-se conta da demanda. A economia mundial, globalizada, seria sustentada por 20% dos candidatos a empregos; e os efeitos, por evidente, seriam produzidos em qualquer país. Os outros 80% estariam fora (*excluídos*) da produção, do consumo e, por conseguinte, do lazer. O sério do problema, como é sintomático, é que os cálculos alteram substancialmente as estatísticas atuais, em que as perspectivas reais da busca de uma vida melhor (com conforto) abrangem um número muito distinto; e contemplam gente em condições de dar-se conta da situação. Ludíbrio é, quiçá, a palavra chave.

3.3 Tittytainment *(Brzezinski): o golpe pelo imaginário*

Para tanto, o ex-Secretário de Estado do governo americano, Zbigniew Brzezinski cunha um neologismo: *tittytainment,* resultado da conjugação das palavras *entertainment* (entretenimento, diversão) e *tits* (tetas, seios, na linguagem popular americana). Na base da aglutinação de diversão com a amamentação, pelo *tittytainment* o mundo dos *excluídos* poderia manter-se satisfeito (Martin/Schumann).

Trata-se, à evidência, de um golpe pelo *imaginário.* Vai-se levando a situação vendendo-se a ilusão através de fórmulas milagrosas. O problema é que o *real* pode estabelecer aquilo que os neoliberais não conseguem dar (não conseguem dizer, por exemplo, concretamente, quanto é preciso privatizar), ou seja, um *limite*, talvez intransponível e, aí, não há *imaginário* que sustente o *sujeito*. Contudo, não se trata somente de vender uma ilusão – ou sustentá-la pelo discurso mítico do direito ou seja lá qual for –, mas de colocar o agente diante da situação concreta de "nunca vir a ser" (Miranda Coutinho). Por tal caminho, pode-se chegar a uma catástrofe (Safouan); só não se pode dizer que se não sabia.

3.4 Gente com voz e voto

Têm, não obstante, uma *crença* tão acentuada na força do *tittytainment*, que não se dão conta que as medidas lançadas a partir do pensamento economicista neoliberal exclui grandes massas, em todos os quadrantes do mundo, mas não consegue eliminar, desde logo, a sua conquista de *voz* e *voto* (Martin/Schumann). O perigo, naturalmente, é o mecanismo natural de *projeção*, que pode levar não só a um retorno ao discurso dos velhos ultradireitistas como, por ele, a se encontrar os *bodes expiatórios* (Pommier), de imigrantes a migrantes, por exemplo.

3.5 Primeiro mundo no terceiro e terceiro mundo no primeiro

No perímetro da exclusão-*tittytainment*-cooptação, os neoliberais conseguiram, na globalização, levar o primeiro mundo para dentro do terceiro mundo, mas não se deram conta de que estavam a produzir, também, o caminho inverso. Por evidente que uma proposta (realização) do gênero seduz as elites periféricas e por mais tempo pode, aí, engambelar os *excluídos*, mas assim não o será nos países centrais, onde houve *fundação* e há *simbólico* (Calligaris). Daí não ser uma quimera pensar que os primeiros – ou os únicos – capazes de se livrar do neoliberalismo-globalização sejam os americanos (Martin/Schumann).

3.6 A queda da classe média

Com efeito, embora a exclusão-proletarização das classes médias americanas seja inferior ao que se tem passado no resto do mundo – e tem mesmo! –, há em curso um processo visível de declínio; e pleno de críticas.

Por outro lado, é inegável que, com ele, tende-se a um aumento da criminalidade. Crime e pobreza nunca foram sinônimos; muito pelo contrário. Mas ninguém duvida que os fatores econômicos são a principal causa de seu recrudescimento. Resta saber, enfim, como cuidar da situação; e a isto devem responder os pensadores do direito criminal.

4. Pensamento economicista no direito criminal de hoje

Seria impossível, neste breve espaço, algo mais que singelos apontamentos, mas alguns, mormente ligados ao direito penal e ao direito processual penal são imprescindíveis, pelo menos para constatar a situação e indicar a direção para onde caminham as linhas de tendências.

4.1 O direito penal mínimo

No campo do direito penal, há décadas vinha-se produzindo a partir de uma realidade que não deixava muitas dúvidas aos mais lúcidos: ele precisava ser *mínimo*.

4.1.1 Reação secundária

Com efeito, o traço individualista do direito penal deixou claro que os *preceitos primários* começaram a não responder adequadamente à *tutela dos bens jurídicos* (Liszt) às quais estavam dispostos. Ademais, não só a reserva de lei, a tipicidade e a taxatividade são conquistas indeclináveis do cidadão como, por outro lado, desmontam o arbítrio porque funcionam como limitação ajustada, sem embargo da sempre presente manipulação, na via da exegese.

Não obstante, é cediço que se tem, no direito penal, uma mera *reação secundária*, da qual só se deve lançar mão quando os demais ramos do direito mostrarem-se insatisfatórios ou incapazes. Por elementar, não teria sentido buscar solução no campo penal quando a questão pudesse ser solucionada na esfera administrativa, por exemplo.

Assim, facilitou-se o descompasso dada a evidente precariedade (pela lentidão) entre os *preceitos primários* e a vida de relação, marcada por uma velocidade estonteante e onde os *bens jurídicos*, quando em confronto os interesses que os envolvem, já não respondem de maneira adequada. O *interesse social da propriedade*, no âmbito interno, e o descontrole das *transferências de vultosas somas de capitais*, naquele externo, dão a dimensão, ainda que singela, da inadequação referida.

4.1.2 Polifuncionalidade da pena

Do ponto de vista dos *preceitos secundários*, melhor sorte não socorre o direito penal. Depois de muita polêmica, sempre diante do velho patamar, tomou-se como quase certo a *polifuncionalidade da pena* (Vassali). Afinal, não era outra coisa que o desajuste entre a reação, na sua *forma* e *extensão*, e a ofensa aos *bens jurídicos tutelados*, que levaram a tal conclusão. Denunciou-se, em um pólo, a barbárie da reação pela reação, como negadora da própria civilidade; do outro, constatou-se a falência da pena de prisão, em face das condições inumanas do sistema prisional e impossibilidade de se cumprir qualquer dos seus escopos que não aquele da mera segregação.

4.1.3 Confronto com o abolicionismo

O direito penal meteu-se em um paradoxo; já não respondem, com exatidão, os seus cultores, para que e para quem há de servir. Com lucidez, então, diante da realidade, pensa-se no *direito penal mínimo*, porque imprescindível a existência dele, enquanto qualificador de um *desvalor de condutas* (Welzel), tendo-se em vista a *certeza da punição*. Poder-se-ia dizer, tão-só para um reforço, que o homem, por sua natureza, demanda a existência da lei (e também da Lei, com maiúscula, diriam os psicanalistas), mormente em um nível de reação que, antes, funciona como *preventivo*.

Sem embargo, não é pequeno o número daqueles que não vêem qualquer sentido na manutenção de um direito penal que, de antemão, sabe-se não responder àquilo a que se presta. Os ditos *abolicionistas* (Hulsman, o corifeu), assim, não são incoerentes; só não têm razão quando a questão é decidir sobre a necessidade de *intervenção* do Estado na área.

De outra parte, parece inarredável que se há de demolir o direito penal, como pensado até hoje, quando o tema é abranger condutas que estão fora do padrão tradicional, individualista. Nas de pequena lesividade, mostra-se ele demasiado e não é por outro motivo que se falou – e fala tanto – em *descriminalização*, quando não em *despenalização*; nas de grande lesividade, mas onde estão os autores,

pelas mais variadas razões (naquelas praticadas através de grandes corporações, a *pessoa jurídica* na base, por exemplo), além do seu alcance. Aqui, a solução, como têm pensado alguns, seria deixar o direito penal exatamente com a dimensão que se lhe deu, porque infrutíferas as tentativas de alteração, buscando-se fundar outro ramo, quiçá entre ele e o direito administrativo, ao qual poder-se-ia chamar de direito de intervenção (Hassemer).

Trata-se de uma proposta, entre outras, para ser pensada, mas há, hoje, diante do pensamento economicista, uma discussão preliminar, em face do desvario dos pressupostos e da aparente amnésia que assalta alguns ilustres democratas.

4.2 Direito penal na contramão da história

O direito penal, marcado pela *epistemologia neoliberal*, entrou, pela (des)razão de alguns, na *contramão da história*. Salta aos olhos, em um primeiro momento, que se tem confundido *eficientismo* com *impunidade*. Da mesma maneira – e por pura lógica –, querem dar ao seu avesso, nos jogos discursivos, a mais dura resposta penal possível. É assim que se sataniza o *excluído*, sem se questionar *nada* (as razões que o levaram a tanto, como seria primário, em primeiro lugar), bastando estar o agente naquela situação. Isto é a negação emblemática da civilidade, conquistada, como se sabe, às custas de milhares de vidas. Resta saber, sobre esse *lapso de memória*, até quando será possível suportar.

4.2.1 A deficiência do tittytainment

Por certo, o *tittytainment*, enquanto estratégia, é genial, porque socorre a demanda *imaginária* dos homens, mas não seguirá, *ad eternum*, levando de roldão àqueles que seguem pedindo para serem enganados. Eles também, por suposto, acabam por encontrar um *real* que não dá tréguas, pela fome, só para ficar em um dos exemplos. Da mesma forma como sucedeu na Idade Média, com o combate discursivo inicial à heresia não produzindo nenhum efeito (e olhe-se que a hegemonia da Igreja, então, era muito maior que a neoliberal, hoje), é lícito pensar no naufrágio do *tittytainment*.

4.2.2 Direito penal máximo: terror legal (Movimento de lei e ordem)

O que vem a seguir, como parece sintomático, seria um *direito de força*, como sucedeu (para continuar na comparação com a situação medieval do nascimento da Inquisição) com o combate à *heresia*, quando, por uma *alteração* (manipulação) *jurídica*, Inocêncio III, pela Bula *Vergentis in senium*, equiparou aquela atividade com o *crime de lesa-majestade*.

Agora, não obstante, a situação é distinta. Dentro da mesma base legal – e a partir daquela constitucional –, concomitantemente com o *tittytainment* (e quiçá iludidos por ele), alguns penalistas, até então tidos como democráticos, quando não pios, têm pregado um *direito penal máximo*: é um verdadeiro *terror legal*. Integram eles aquele que se convencionou chamar de *Movimento de lei e ordem*. São, indisfarçavelmente, homens adeptos da *ordem pela força*, para os quais, em

geral, os fins justificam os meios. Cegados (não seria propositalmente, pelo menos para alguns?) pelas imensas dificuldades do cotidiano (a realidade tem sido impiedosa), não têm razão suficiente para colocar-se no lugar do *outro*, para perceber o *diferente*, para pensar em fórmulas capazes de resgatar os *desviantes* e, no final das contas, os *criminosos*. O dilema, contudo, é que um *direito penal máximo* não exclui ninguém, transformando todos em delinqüentes, sem embargo de que gente desse porte pensa-se, em geral, intocável, inatingível, esquecendo poder ser vítima da mesma lógica perversa que faz questão de não humanizar esse *outro*, mesmo ele, se for o caso, no seu próprio tempo.

4.2.3 Ameaça constante: Grande Irmão (Orwell)

Assim, a *criatura* tende a engolir o *criador*, que não se dá conta de ter produzido uma *ameaça constante*, a qual pode escapar-lhe do domínio a qualquer momento. Impulsionado por uma ameaça imaginária, lancinante, não consegue ver a *ameaça verdadeira*, diante de si nas grandes telas dos *home theatre*. Ora, foi assim que Orwell articulou o Grande Irmão, em *1984*, tentando demonstrar-nos não ter saída fora da *democracia*. Pecado, porém, que foi esquecido; ou não foi lido.

Os homens da *força*, da *ordem*, da *lei* (neste sentido), têm servido a um deus que os pode consumir, tão-só não sirvam mais aos seus propósitos de lucro. Há, todavia, *dignidade* suficiente no direito penal e nos *penalistas comprometidos com a sua gente* de modo a seguir lutando contra a barbárie de um *direito penal máximo*, mesmo porque poderá não haver perdão para nenhum, caso fracasse o Grande Irmão; e isso não é impossível.

4.3 A reforma do processo penal

No âmbito do direito processual penal, a situação não é diferente, como parece elementar, não só pela *instrumentalidade* e *mútua relação de complementaridade* existente entre ele e o direito penal, mas, antes, pela influência direta da *epistemologia neoliberal* que insiste em pedir passagem (quando já não o fez), mormente quando em questão estão as tão discutidas *reformas do processo penal*.

4.3.1 Reforma real e reforma de aparência: mudança sistêmica

Não se fala, hoje, de reformas. Elas já vinham em gestação pelo menos desde 1963 (Projeto Tornaghi), sempre se falando em *adequação à realidade* e *democratização processual*. Agora, dentro do pensamento economicista, a velha mentalidade reformadora já não se sustenta, pelo menos com aquelas bases. Ora, para um *direito penal máximo* não há que falar em *democracia processual*.

Eis, então, a razão pela qual, hoje, tem-se tanta resistência à mudança daquilo que efetivamente importa: o *sistema processual*. Por sinal, não se toca em tal tema – e não poucas vezes a sonegação é proposital –, porque isso significaria ter que colocar em discussão a questão dos seus pressupostos, a começar por aquela do *princípio* regente. Tem-se, então, às vezes *inconscientemente*, a pregação de uma *reforma de aparência*, de mera maquilagem, sempre a serviço do

tittytainment: reforma-se, mas se mantém tudo como sempre esteve (Lampedusa), satisfazendo aos senhores das soluções de compromisso (Cordero).

4.3.2 Tendência de seguir inquisitório (gestão da prova)

Por isto, é visível uma nítida *tendência de seguir o nosso processo penal sendo essencialmente inquisitório*. Por sinal, ele assim o é em função da *gestão da prova* (Cordero) estar concentrada nas mãos do órgão detentor do poder. Não o salva nem mesmo a retórica afirmação de que temos um *sistema misto*. Este, em verdade, ontologicamente não existe, pois, sabe-se bem, o que vai caracterizar um *sistema* é o *princípio unificador* que o rege e, seguramente, porque primário, *não há um princípio misto*. Para um direito penal de força, um processo penal de força, inquisitório. Se fosse diferente, seria de estranhar porque ilógico; pelo menos diante desta lógica, que é neoliberal.

4.3.3 Tendência a ter menos burocracia

Outra nítida tendência do reformador do processo penal aponta na direção de se ter menos *burocracia*, ainda que não saiba bem o que ela quer dizer quando a questão é manter ou não regras de um instrumento tido, ineludivelmente, como um mecanismo de garantia do cidadão. Assim, menos *burocracia* – para ganhar velocidade, naturalmente – pode significar a supressão de recursos; a superação da exigência de certas provas como, por exemplo, o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios; decisões sem motivações; e assim por diante. Por trás de tudo e à evidência está um pouco caso pelo réu e, de conseqüência, necessidade social de certeza quando das decisões. Invocar os erros judiciários (cada vez mais freqüentes) seria despiciendo. A eterna luta entre velocidade (rapidez na prestação jurisdicional: justiça tardia é injustiça, como se diz no jargão popular) e segurança no decidir (tomada muito mais como certeza que como verdade: Carnelutti), por sinal, precisa receber melhor atenção quando em discussão estiver o processo penal. Nele, o interesse coletivo é absolutamente preponderante, mas não no sentido da condenação e sim naquele de se ter um decisão justa. Destarte, é preciso ter presente que, em nome disto, pode o tempo ter que ser mais longo; e se há de suportar a demora, bastando, para não ser excessiva, um domínio adequado das regras processuais; e boa vontade, para trabalhar e, de outra parte, oferecer os meios necessários ao bom funcionamento dos órgãos: são tantos os exemplos de tal conjugação, mas a magistratura do Rio Grande do Sul talvez seja aquela que melhor possa aqui servir; e se pode funcionar na Justiça gaúcha é, por certo, factível em outros estados do país. Trata-se, porém, de uma luta inglória: se se pudesse condenar sem processo algum, por certo que assim o seria se dependesse dos neoliberais, quando não fossem eles os condenados, naturalmente.

4.4 Tentativa de resistência

A estrutura tem-se mostrado, essencialmente, como uma luta contra os *excluídos*, com uma inflação legislativa no âmbito penal, de modo a produzir *cul-*

pa em todos, sempre delinqüentes e, portanto, sujeitos à estigmatização (Becker) pelo crime e pelo processo. Atormentado pela angústia de ser *descoberto,* o agente procura proteger-se, tratando de transferir aos outros a *culpa* que pensa ter. O mecanismo é *paranóico* e, por evidente, produz suas vítimas, como sucedeu, por exemplo, durante a chamada *peste negra* em Milão, quando acabou-se por desaguar em um processo terrível (Verri), registrado para sempre na conhecida *Coluna Infame.*

Produzidos os *excluídos*, neste campo, quiçá sua única chance de manterem-se no *sistema* seja através da *prisão* (Forrester). É imprescindível, *antes de tudo*, não se permitir que se chegue a tal situação. Para tanto, há que resistir.

4.4.1 Direitos e garantias individuais

A *resistência* é determinada não pela paixão ao passado ou pela manutenção do *status quo* (empeçamento do progresso), mas para tratar-se de garantir a efetivação da Revolução Francesa, nos países periféricos – e o Brasil é seu maior exemplo –, de modo a que, depois, possa-se, quem sabe, ter uma crise de *terceira idade.* Tem-se, enfim, de seguir procurando uma solução, na via democrática, porque ela é *um* sentido possível, em face da comprovada impossibilidade de se ter *o* sentido, *perversamente* imaginável como factível naquilo que se convencionou chamar de *ditadura do objeto*. Os *direitos e garantias individuais* continuam representando como que uma *reserva* de *outro*, uma individualidade que se não pode sonegar pelo mesmo discurso produtor de *fantasmas*, como tentava fazer o porco Garganta, a serviço do poder (Orwell).

4.4.2 O preço das conquistas: não deslizar no imaginário

O preço a pagar para manter as *conquistas democráticas* é não *deslizar no imaginário.*

O *reconhecimento da incapacidade humana* feito por Hayek só parece ser um ato de *humildade na aparência.* Há no seu subterrâneo uma outra realidade, a qual merece um mínimo de reflexão. Ora, dizer que *somos incapazes de ter o domínio cognoscente dos resultados de todas as ações* e, portanto, que não poderíamos prevê-las – assim como a *ciência* –, razão por que haveríamos de ter um *racionalismo de caráter eficiente* em seu sentido puramente empírico, é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. De fato, ao revés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de *aparente esperteza,* mas, no fundo, ao que parece, *psicótico porque paranóico*, desde que o *naturalismo do mercado* é tomado, ainda que imprevisível, como *real possível* e decisivo para apontar qual *ordem natural espontânea* deveria reger a sociedade porque mais *eficiente*. Há, por evidente, nesta miragem neoliberal, uma crença em uma *verdade Toda mercadológica*, que não permite qualquer *furo*, qualquer *falta*. Sem ela, como parece elementar, não há *representação da pulsão*; sem esta, não há *limite*; sem limite, não há *desejo*; sem desejo, há mero *deslizar no imaginário*, como diria Lacan (Miranda Coutinho).

4.4.3 Resgate da ética da alteridade

O pensamento economicista neoliberal consome a ética; e sem ela o homem consome a si mesmo.

Olhando para si, não consegue se reconhecer, enquanto *eu*, como um estrangeiro e, assim, não oferece uma chance ao *Outro* (Lacan) que ali está, como *centro ineliminável*, diga-se de passagem, como sempre esteve, desde o início.

Olhando para seu semelhante, não consegue perceber-lhe a *diferença*, enquanto substancialmente *diferente*. Anula-se o *outro* que, não raro, demanda essa *anulação*.

Resistir, neste ponto, é sustentar uma *ética da alteridade* (Dussel), em que o *outro* – e o *Outro* – sejam levados em consideração nas suas efetivas dimensões.

6. SOCIOLOGIA JURÍDICA

6.2

A EMERGÊNCIA DO PARADIGMA ECOLÓGICO-SÓCIO-CÓSMICO*

MARIA DAS GRAÇAS DE GOUVÊA

SUMÁRIO: 1. O grande pano de fundo – 2. Um novo paradigma para os movimentos sociais? – 3. O paradigma ecológico-sócio-cósmico de Leonardo Boff: 3.1 Do paradigma antropocêntrico ao eco-social; 3.2 Do eco-social ao eco-cósmico; 3.3 Uma democracia sócio-cósmica – 4. Concluindo – Bibliografia.

Resumo: No dizer de Hobsbawm, a humanidade se encontra diante de um horizonte de perplexidades. Busca-se novos paradigmas como se o quadro de sustenção das ciências e das ideologias não mais desse conta de interpretar as novas evidências. Fala-se de uma revolução nas ciências e da emersão de novos paradigmas.

No Brasil, teóricos como Leonardo Boff delineiam um paradigma emergente: o paradigma ecológico-sócio-cósmico, também chamado de paradigma da integralidade. Trata-se de um paradigma provocativo que nos incita a pensar a possibilidade de um caminhar adiante qualitativo em relação à concepção de justiça social e ecológica.

Palavras-chave: Ecologia – Movimentos sociais – Paradigma – Paradigma da integralidade – Paradigma cósmico – Justiça social – Pós-modernidade.

1. O grande pano de fundo

1. Fala-se de nova era. No dizer de Hobsbawm, o breve século XX deixa a história legando à humanidade um horizonte carregado de perplexidades e temores. Após as décadas utópicas de 1950 e 1960, estamos assistindo a um "desmoronamento" que atinge não só os países socialistas, coagidos a realizar rupturas drásticas com o seu passado, como também o todo da nova ordem mundial emergente. É um cenário que abre as portas a inúmeras incertezas, "um olhar para a escuridão" (Hobsbawm, 1994).

Buscam-se paradigmas novos, em todos os campos da atividade e do pensamento humano. O quadro de sustentação 'normal' das ciências e das ideologias

(*) O paradigma eco-sócio-cósmico é também chamado de paradigma da integralidade e paradigma holístico.

é sentido como incapaz de dar conta da interpretação das novas evidências e desafios. Kuhn vê na revolução em curso nas ciências e na epistemologia o berço da emersão de um novo paradigma científico, ainda não bem delineado. Autores que nele se inspiram insistem em afirmar que o surgimento desse novo paradigma estaria deixando para trás os grandes quadros conceituais que havíamos herdado dos gregos e da modernidade influenciada por Descartes e Newton, cujas perspectivas marcam profundamente o desenvolvimento das ciências no Ocidente e de toda a ideologia civilizatória do progresso e do consumo. Apesar de possíveis exageros e ingenuidades, começa a tomar corpo a superação dos modelos precedentes. Estamos ainda no claro-escuro dos funcionalismos e pós-funcionalismos, estruturalismos e pós-neo-estruturalismos, marxismos e pós-marxismos. É uma transição que provoca fraturas e descaminhos que em sua globalidade se dirigem para concepções mais totalizadoras. Como diz Edgar de A. Carvalho, essa é uma perspectiva heterodoxa que no campo da cultura, "entendida como o campo cognitivo/práxico de todas as realizações da vida, investe na 'des-relativização' e 'desantropomorfização' do *sapiens* como uma das condições básicas de sua formulação. Se algum dia vier a ser paradigmatizada, deverá constituir-se como uma paisagem mental aberta, guiada por uma incertitude generalizada entre os 'domínios' antropológico, sociológico, noológico, lógico e racional" (Carvalho, 1994, 150).

Para surpresa minha, ao estudar as novas tendências presentes no campo da educação popular (Gouvêa, 1997), encontrei,[1] em grupos estreitamente ligados a movimentos sociais da zona sul de São Paulo, a presença marcante desse "novo estilo de pensamento". Para mim, como assistente social, esse é um claro indício de que o esforço em deixar para trás "os grandes relatos" (Lyotard), veiculados na política e na cultura da modernidade, não se restringe a elites filosóficas ou a epistemólogos interessados em reinventar a ciência. O processo "desconstrutivo" de revisão das dicotomias cartesianas entre sujeito/objeto, materialidade/idealidade, natureza/cultura, sociedade/indivíduo, público/privado, homem/mulher, afetividade/racionalidade, e de outras que constituem o grande paradigma subjacente ao pensamento ocidental, já se fazem sentir dentro da reflexão pedagógica que inspira a ação dos movimentos sociais da mais moderna/pós-moderna das cidades brasileiras. Na educação popular brasileira, virando as páginas dos anos 60 a 80, está sendo gestado um modelo novo, ainda impreciso, mas com concepções globais e metodologias que indicam uma interessante rearticulação das aprendizagens acumuladas pelos movimentos nos úl-

(1) Nesse artigo me cingirei à descrição teórica de elementos que encontrei em uma prática pedagógica concreta, que vem sendo vista e revista desde os anos 70 pelo CDHEP, o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Campo Limpo, um dos mais ativos grupos de defesa dos direitos humanos e de educação popular de São Paulo. O CDHEP está conectado a mais de 400 organizações populares da zona sul de São Paulo. Por ter origem nas comunidades de base da Igreja Católica, o CDHEP tem um viés próprio – por exemplo, esse de se inspirar em autores como os aqui citados – mas é um grupo que se preocupa, antes de mais nada, em refletir com e desde os próprios grupos populares a que está umbilicalmente ligado.

timos decênios. O objetivo do presente artigo é o de indicar as linhas principais dessa nova visão que mescla o sociopolítico com o ecológico e o cósmico, buscando preservar, ao mesmo tempo, a vitalidade de uma praxis social à qual a educação popular não pode renunciar.

2. Um novo paradigma para os movimentos sociais?

1. Perguntemo-nos, inicialmente, o que se deve entender por paradigma. Quando se aplica às ciências e às culturas, o paradigma é um modelo de interpretação e explicação que possibilita entender e explicar a realidade em sua globalidade. A partir dessa intuição explicativa ampla, ele permite alcançar uma melhor compreensão também dos demais aspectos do fenômeno, inclusive em um sentido prospectivo que aponta para coisas ainda não bem definidas mas já percebidas desde o prisma oferecido pelo paradigma. Em grego essa palavra quer dizer: exemplo, modelo ou tipo. A expressão passou a ser usada em vários campos de conhecimento, nas ciências físicas, primeiramente (na Física, na Biologia, na Matemática, na Cibernética). Entrou, depois, no campo das ciências humanas e da história. Seu significado é, por vezes, impreciso e fluido, por se tratar de um conceito que abrange mudanças ainda em marcha. Mas, mesmo o homem comum é obrigado a constatar que tais paradigmas atuam com impressionante força de persuasão. Escreve Edênio Valle (Valle, 1994), psicólogo social vinculado a movimentos sociais brasileiros:

"Em vários campos de experiência, tanto das elites quanto do povo, é fácil detectar a existência de tais paradigmas. Algumas vezes, eles parecem ser múltiplos e contraditórios. Outras, podem dar a impressão de terem em si algo de "unidimensional" (Marcuse), dado que são fenômenos, percepções e evidências constatáveis em escala macro (...) de um modo muito sofisticado e com implicações de extraordinária amplitude se sucedem os modelos teóricos paradigmáticos que se referem à origem do universo ou à constituição da matéria. Em um campo muito distinto, está-se afirmando no mundo hoje, afetando a economia, a política e os comportamentos culturais, o paradigma ecológico, destinado, ao que parece, a ser um elemento articulador da nova imagem e compreensão do planeta terra (...) Assim, um paradigma, além de ser um instrumento de compreensão, contém em si um feixe de significados e valores que motivam e suscitam tanto a inteligência quanto a vontade (e um psicólogo acrescentaria, o desejo)."

2. Boaventura de Sousa Santos, sociólogo português, observa que a transição entre paradigmas, ora em curso, carece de uma complementação a ser feita não só através do estudo das transições epistemológicas como também "entre diferentes modos básicos de organizar e viver a vida em sociedade" (Santos, 1995:9). A sociedade e a cultura estão adentrando uma crise paradigmática, uma transição de paradigmas, que tem múltiplas faces: epistemológica, social, política e cultural. Não pode, portanto, deixar de afetar a educação, em especial a que se faz desde os grupos sociais excluídos do sistema ancorado sobre os paradigmas em crise.

Na verdade, não há "um" paradigma emergente. O que existe são "vibrações ascendentes" de fragmentos paradigmáticos que possuem algo em comum: o fato

de considerarem a modernidade como já exaurida em sua capacidade de regeneração e irradiação. A opção não se faz entre a modernidade e a barbárie – como se proclamava –, uma vez que é possível, ou melhor ainda, é urgente imaginar alternativas na linha de um caminhar adiante qualitativo. Outro denominador comum entre os críticos da modernidade é a percepção de que para pensar "para lá" da modernidade há que se partir da própria modernidade como hoje se encontra, pois é aí que jazem mais ou menos embrionariamente os fermentos e forças capazes de permitir as elaborações paradigmáticas.

3. Ao me perguntar sobre as teorizações que inspiram os esboços de modelo por mim encontrados nos meios populares que pesquisei, acabei concentrando-me em Leonardo Boff. As contribuições teóricas desse pensador haurem suas idéias-força da análise crítica de nossa realidade, mas estão simultaneamente abertas à ampla discussão em torno do novo modelo de conhecimento exigido pelo momento atual também no nível dos movimentos sociais. Esses, ao que parece, vêem posições como a de Boff e outros como iluminadora de problemas e tensões vivenciados na base, nesse instante de crise das certezas da modernidade.

Tal reflexão poderá colaborar não só para uma compreensão mais fundamentada e abrangente do esforço teórico/prático intentado pelos movimentos sociais, mas também para o Serviço Social brasileiro na sua busca de adequação a uma visão de conjunto que possa servir de base a uma nova prática e à capacitação de seus futuros profissionais.

3. O paradigma ecológico-sócio-cósmico de Leonardo Boff

3.1 Do paradigma antropocêntrico ao eco-social

3.1.1 A crise ecológica existe há muitos decênios, talvez mais de um século. A consciência do que ela é e do que a tornou um fato central na discussão dos destinos do planeta, porém, é algo mais novo. Relaciona-se ao modelo de progresso implementado no mundo ao longo de nosso século, nos dois modelos que presidiram o chamado "desenvolvimento". Prende-se, antes de mais nada, à depredação sistemática da natureza levada a efeito pelas várias ondas de industrialização. Entre nós, tem como que duas vertentes: uma vem de nossa formação histórica, sistematicamente construída em cima de um *apartheid* social radical. A outra decorre dos macroprojetos transnacionais financiados por órgãos do governo, pelos bancos e pela iniciativa privada, articulados aos planos internacional e nacional.

Os diversos movimentos ecológicos nos países do Norte e nos países do Sul evidenciaram íntima conexão entre as lutas pela justiça social e pela justiça ecológica.

A uma análoga conclusão estão chegando os grupos sociais por mim estudados ao repensarem suas teorias e práticas relativas à educação popular e à luta coletiva pelos direitos sociais. Para eles, a concepção de justiça social deixou de limitar-se tão somente às lutas pela libertação e pelos direitos básicos de bem-estar e cidadania. Passou a abraçar também a justiça ecológica, as lutas pela libertação da natureza, pois os problemas ambientais são inseparáveis dos sociais.

Essas são as bases que possibilitarão construir uma nova civilização multicultural, multiétnica, pluralista e multirreligiosa. Em certo sentido eles chegaram à mesma conclusão de Regidor:

"A mundialização do modelo atual de desenvolvimento agrava o enrijecimento dos mecanismos econômicos neoliberais e acarreta o fim da civilização atual" (Regidor, 1996:62).

Essa civilização moderna, edificada sobre a exploração cinco vezes centenária levada a cabo pela Europa e Estados Unidos, firmou-se no hemisfério norte e expandiu-se favoravelmente na parte privilegiada do sul em detrimento de 2/3 dos excluídos do progresso e da vida social.[2]

Inclui-se, assim, nessa crise da cultura e da civilização uma crise do próprio planeta terra como um sistema vivo do qual a vida, não só a humana, depende e faz parte. No bojo do processo existe uma ameaça global, "porque neste século a tecnologia deu à humanidade o poder de se destruir a si mesma" (Regidor, 1996:63).

3.1.2 É importante ressaltar que as formas de resistência ao ajuste do modelo de desenvolvimento em curso se manifestam em muitos planos. Há duas décadas atrás a preocupação com o político e o ideológico, vistos no contexto de uma dominação econômica, por várias razões, estava no centro da atenção. A ela, hoje, se associaram os planos da cultura e do simbólico, do feminino e do corpóreo, da subjetividade e de um senso mais agudo de espiritualidade. Pertenças e sentidos existenciais (o *belonging* e o *meaning* de M. Weber) estão sendo repensados. Torna-se, assim, necessário recriar uma cultura mais democrática cuja qualidade fundamental se expresse no respeito à diversidade e no acolhimento ao diferente. Um mundo democrático de afirmação do pluralismo e do direito à vida.

A revalorização da democracia, no caso dos países da América Latina, parece refletir o anseio por uma comunidade restaurada. Nesse enfoque há uma expectativa de que a democracia realize tanto uma integração comunitária quanto aquela de cunho sociopolítico que a economia de mercado, apregoada pelo neoliberalismo, nunca poderá realizar.

Há um vazio de alternativas criativas capazes de produzir o desenvolvimento econômico auto-sustentado, a revitalização do cultural e a integração social, recriando, assim, a identidade coletiva. Daí a necessidade de novas chaves interpretativas e organizativas da pessoa, da comunidade e da sociedade, tanto a nacional quanto a mundial.

3.1.3 A reflexão feita por ocasião da Eco 92, no Rio de Janeiro, aponta para a formulação de um novo paradigma, cuja influência se origina no balanço crítico das concepções ideológicas, políticas e geo-econômicas hoje ainda existentes. Há nela, uma ótica nova e original que chegou aos grupos populares pela mediação

(3) Dados da ONU e Banco Mundial, 1995, mostram que 20% da humanidade que habita o hemisfério norte consome 80% das riquezas disponíveis no mundo.

do I Congresso Latino-Americano de Ecologia,[3] em Montevidéu (Uruguai, 1989), no qual se realizou um balanço crítico[4] com relação à Teologia da Libertação e suas práticas no campo das bases. Também lideranças populares do Brasil achavam-se aí representadas.

O balanço feito no referido Congresso teve ponto de partida e um eixo comum assumido por todos: o da constatação de uma íntima conexão entre a questão social e a questão ecológica, uma vez que a preservação da natureza é um pressuposto para sobrevivência material, sociopolítica e cultural de todos os habitantes do planeta.

No Brasil, um dos seus principais teóricos é Leonardo Boff[5] que delineia o paradigma emergente, também chamado de paradigma da integralidade, da seguinte maneira:

"Todos os seres da natureza têm uma alteridade própria e são, portanto, em certa medida, portadores de um direito à existência, ao respeito pela sua cidadania cósmica. Cada ser, as famílias e as populações dos seres possuem uma linguagem, comunicam uma mensagem e se fazem reveladoras de um mistério da existência e da vida que, por sua vez, remete a um mistério maior, que tudo unifica, tudo penetra e faz resplandecer, o mistério de Deus-comunhão-de-pessoas-divinas-de-vida-e-de-amor. Partindo dessa atitude, deve-se pôr o problema de um desenvolvimento que de um lado satisfaça às necessidades humanas e culturais e, do outro, leve em conta as exigências do equilíbrio da própria natureza, sem desorganizá-la ou mesmo destruí-la"[6] (L. Boff,1996:62).

3.2 Do eco-social ao eco-cósmico

Boff parte da ecologia social, com o intuito de elaborar uma proposta ecológico-social alternativa ao modelo atual de civilização. Mas, um pouco na linha do que já está implícito no anteriormente dito, ele avança em direção a uma ênfase crescente na dimensão cósmica do problema em seu todo. Faz, antes, uma crítica ao discurso ecológico do Norte elaborado num contexto de bem-estar e preocu-

(3) O I Congresso Latino-Americano realizado em Montevidéu (Uruguai), de 10 a 17.12.1989, foi organizado pelo Cipfe – Centro de Informação e Promoção Franciscano e Ecológico.

(4) Ver Clodovis Boff; Leonardo Boff; J.R. Regidor, *A teologia da libertação: balanço e perspectivas.* São Paulo : Ática, 1996.

(5) Muitos são os pensadores que estão se dedicando ao balanço crítico da Teologia da Libertação e, dentre eles, alguns estão pensando a concepção da ecologia social cósmica como paradigma. Além de Clodovis Boff e Leonardo Boff, citamos Rubem Alves, José Ramos Regidor, o Grupo TAO, José Bittencourt Filho, Jorge Atílio da Silva Iullianelli, Paulo César Loureiro Botas, Ivone Gebara, Frei Beto, Aiban Wagua, dentre outros.

(6) Partindo desse paradigma, Leonardo Boff, em 1993, procurou conhecer as práticas e reflexões da ecologia. Percorreu os caminhos da ecotecnologia, da ecopolítica, da ecologia social, da ecologia mental, da ética ecológica e da relação entre a ecologia, a espiritualidade e a mística cósmica (Regidor, 1996).

pado, às vezes unilateralmente, com a questão dos animais em extinção. Boff postula a necessidade de se passar de uma "ecologia dos seres vivos não-humanos para outra ecologia que se ocupasse com todos os seres vivos e não-vivos, humanos e não-humanos" (L. Boff, 1996:60).

A partir dessa concepção, Boff analisa as formas de articulação entre justiça social e justiça ecológica.

Tal perspectiva desloca o homem de sua posição central no universo como senhor absoluto da natureza para um ser que, como e com os demais seres, é parte da natureza. Os seres humanos distinguem-se dos demais pelo fato de "serem o único sujeito ético, capaz de discernir o princípio da natureza e, portanto, ter a responsabilidade pela evolução biológica-histórica" (L. Boff, 1996:61 e 1999).

3.3 Uma democracia sócio-cósmica

3.3.1 Ao abandonar o paradigma antropocêntrico, próprio do atual modelo de desenvolvimento, Leonardo Boff assume o emergir da democracia sócio-cósmica que vai elaborando a partir do ponto de vista da natureza.

A concepção de democracia sócio-cósmica considera os elementos da natureza como sendo os novos cidadãos partícipes do convívio humano, e os seres humanos, por sua vez, coparticipam do convívio cósmico.

Nessa perspectiva, o bem comum e os direitos perseguidos pela nova democracia social-cósmica não são mais apenas os direitos humanos, mas também os direitos cósmicos e planetários.

O resultado dessa relação democrática será a justiça ecológica e a paz vital na terra. A realização dessas democracias supõe que se leve em conta as interdependências e as responsabilidades de cada um – pessoas, comunidades, sociedade – com suas limitações, complexidade e alteridade.

Essa é a nova concepção cosmológica que entende a terra como um superorganismo vivo articulado com todo o universo.

3.3.2 Neste enfoque, o ser humano representa "a etapa mais avançada do processo evolucionário cósmico no seu nível consciente e co-pilotagem junto com os princípios diretores do universo que controlaram todo o processo desde o momento de inflação-explosão há 15 bilhões de anos. O ser humano foi criado para o universo e não vice-versa, para realizar uma etapa mais alta e complexa da evolução universal" (L. Boff, 1996: 126).

Para Boff, existe aqui uma dimensão mística mais ampla do que aquela conectada usualmente à experiência da fé cristã. Trata-se de uma dimensão humano-existencial e crítica de natureza mais radicalmente humanizante.

"Porque ela põe em crise o destino do ser humano, confrontando-o com o mistério transcendente. Por isso será, em princípio, disfuncional ao sistema do mundo. Mas, na sociedade moderna, secularizada e pluralista que é, a criticidade intrínseca da fé se duplica em criticidade histórica e cultural" (L. Boff, 1996:126).

3.3.3 Há, segundo ele, um deslocamento da problemática histórica que da libertação *apenas* social passa para um sentido espiritual da vida como questão

prioritária. A dimensão mística do engajamento vem complementar as dimensões política e ético-social, vistas, todas elas, como imbricadas entre si. Neste sentido, o horizonte paradigmático que se delineia situa-se numa visão holística do processo evolutivo da matéria inorgânica e orgânica, da vida em seus vários estágios e do ser humano em sua progressiva humanização e tomada de consciência, pela via da ciência, da tecnologia, da economia, da política, da linguagem e da história. Nesse horizonte paradigmático, tudo se acha intimamente imbricado no cotidiano, envolvendo todas as contingências no dia-a-dia.

Em ambientes tipicamente populares, o cotidiano é um lugar epistemológico, genuinamente gerador de saber e de consciência. Se no meio acadêmico a reflexão se faz em termos mais abstratos e genérico, nos meios populares, ela tem sempre uma característica de concretude, isto é, ela expressa o que é vivido no cotidiano da casa, do bairro e do trabalho, sem excluir o político e o religioso.

3.3.4 Com essas concepções, Boff afirma uma dupla alteridade: a do Homem e Mulher[7] e a de ambos com a natureza. Esse tema é levado adiante por uma filósofa-teóloga de grande influência nas comunidades de base católicas, Ivone Gebara (Gebara, 1998). Essa busca de reciprocidade e da complementaridade entre o homem e a mulher, entre seres humanos e não humanos, entre seres vivos e não vivos deságua em uma visão holística do mundo e da realidade que assume, como conseqüência e compromisso quase que naturais, a luta por uma sociedade equânime, sem a devastação da natureza e com uma justa distribuição da riqueza entre todos os povos da terra.

4. Concluindo

Estamos diante de um paradigma que permite olhar a realidade numa perspectiva inédita, que pode vir a ser mais provocativa do que a anterior, tecida com os mitos positivistas do século XIX. Seguramente é cedo para emitir qualquer tipo de juízo mais definitivo. Convivendo mais de perto com pessoas e grupos solidamente radicados nas lutas sociais da zona sul de São Paulo, pude perceber que os grandes *insights* aqui descritos já estão atuando na consciência dos militantes e dirigentes dos movimentos. Em suas palavras, em seus poucos mas ricos escritos, mas sobretudo em sua vivência e acão, conceitos de natureza eco-feministas e socio-cósmicos já se fazem sentir. Ao contrário do que poderia pressupor um observador externo, esses novos impulsos não estão conduzindo à perda da consciência crítica adquirida no traquejo em lidar com as reivindicações políticas e com questões como a da violência e do desemprego.

Mas ficam no ar particularidades fluidas e pontos de obscuridade, tornando difícil a passagem ao cotidiano dos problemas que afetam os profissionais do Serviço Social, colados que são às experiências do dia-a-dia de uma população envolta na luta pela sobrevivência.

Não podemos perder de vista que o paradigma da integralidade pretende dar conta de tudo, como se fosse possível, sob sua referência, entender e transformar a realidade na sua totalidade. Pela sua abrangência, o paradigma ecológico-sócio-cósmico coloca o risco de ser absolutizado repetindo o equívoco histórico de outros paradigmas. E, ainda, correndo o risco de ignorar a existência de uma

conflitividade estrutural e histórica por causa da visão de harmonia e integração cósmica que adota.

Outro aspecto importante a considerar é que o referido paradigma pode facilmente ser um reforço do individualismo oferecendo soluções via subjetividade individualista em contraposição à valorização do aspecto político/coletivo firmado pelo materialismo (Buarque, s.d.).

Portanto, embora tenhamos que levar em conta a sua emergência, não podemos deixar de estudá-lo e tratá-lo criticamente, sem, contudo, esquecer o que dizia Jorge Luis Borges: "nosso patrimônio é o universo" (*In* Carvalho, 1994).

Bibliografia

BOFF, Clodovis. "A Teologia da libertação e a crise de nossa época". *Teologia da libertação: balanço e perspectivas.* São Paulo : Ática, 1996.

BOFF, Leonardo. "As bodas de prata da Igreja com os pobres: a teologia da libertação". *A teologia da libertação: balanço e perspectivas.* São Paulo : Ática, 1996.

———. *Ecologia,mundialização, espiritualidade.* São Paulo : Ática, 1996.

———. *Princípio Terra: a volta à terra como pátria comum.* São Paulo : Ática, 1995.

———. *Saber cuidar: ética do humano-compaixão pela terra.* Petrópolis : Vozes, 1999.

BUARQUE, Cristovam. *A aventura da universidade.* São Paulo : Paz e Terra/Unesp, s.d.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *A canção da inteireza: uma visão holística de educação.* São Paulo : Summus Editorial, 1995.

CARVALHO, Edgar de Assis. "O homem renaturalizado". In VIGEVANI, Tullo e outros. *Liberalismo e socialismo*, São Paulo, 1995.

GEBARA, Ivone. *Teologia eco-feminina.* São Paulo : Olho d'Agua, 1997.

GOUVÊA, Maria das Graças de. "Educação popular junto aos movimentos sociais: o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular – CDHEP – Campo Limpo, Zona Sul". (Tese de doutorado, PUC/SP). São Paulo, 1997.

GRUPO TAO. "A mística do animador popular". *Cadernos de Religião e Cidadania.* São Paulo : Ática, 1996.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991.* São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

PADILHA, Anivaldo. "Relações internacionais de cooperação: notas ecumênicas." *Por uma nova teologia latino-americana: a teologia da proscrição.* São Paulo : Paulinas, 1996.

REGIDOR, José Ramos. "Vinte e cinco anos de teologia da libertação". *A teologia da libertação: balanço e perspectivas.* São Paulo : Ática, 1996.

RIBEIRO E FILHO, Cláudio de Oliveira; José Bittencourt (orgs). *Por uma nova teologia latino-americana: a teologia da proscrição.* São Paulo : Paulinas, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.* Porto : Afrontamento, 1993, e São Paulo : Cortez, 1995.

VALLE, Edênio. "Hacia un nuevo modelo de vida consagrada". In GARCÍA, José C. R. e outros. *Lo viejo pasó... ha comenzado lo nuevo.* Madrid : Claretianas, 1994.