ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

72

maio-junho de 2008

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 72 maio-junho de 2008

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (LEI 9.610/98, LEI DOS DIREITOS AUTORAIS).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2ª Tesoureira
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Manãs, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tattiana Viggiani Bicudo

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Guilherme Madeira Dezem

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Ludimila Vasconcelos Leite Groch

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:
Flávia D'Úrso, Glauber Callegari

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

Infância e Juventude
Renata Flores Tybiriçá

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Rui Stoco

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores Regionais

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

11ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, Bruno Shimizu, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jacqueline Sinhoretto, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Lia Veronica de Toledo Piza da Costa Mazzutti, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Roberto Mauricio Genofre, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso

Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 73 – maio-junho – 2008

Mitos e realidades sobre a criminalidade na América Latina: algumas observações estratégicas sobre como a enfrentar e melhorar a coesão social

Bernardo Kliksberg

A nova competência criminal da Justiça Militar

Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Sigilo profissional e prova penal

Diego Fajardo Maranha Leão de Souza

Parecer: Da diferença entre ação e processo: nulidade do processo decorrente do recebimento de denúncia em caso de parcelamento do crédito nos crimes contra a ordem tributária

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Sumário

1. Direito Penal

La fidelidad al derecho como categoria de la culpabilidad 9
Urs Kindhäuser

El derecho penal para las sociedades periféricas americanas: una propuesta para América del siglo XXI 53
José Fernando Botero Bernal

Da tentativa impossível e do erro sobre o nexo causal 87
Fábio Agne Fayet

Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes 123
Filipe Schmidt Sarmento Fialdini

2. Processo Penal

Suspención condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento? 155
Pablo Galain Palermo

Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP) 186
Vinicius de Toledo Piza Peluso

3. Crime e Sociedade

As revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964 207
Carlos Henrique Aguiar Serra

A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito 253
Gustavo Augusto Soares dos Reis

Tortura, história e sociedade: algumas reflexões 275
Marcos César Alvarez

3.1 Sistema Prisional

Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais 295
Luiz Antônio Bogo Chies

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

A execução penal, a dignidade da pessoa humana e a humanidade da pena 327

4.2 Ementário de Jurisprudência

André Adriano do Nascimento da Silva e Lucas Clemente Guimarães Diaz 343

5. Índice Alfabético-Remissivo

Autores 365
Temas 367

Normas de publicação 371

1. Direito Penal

La fidelidad al derecho como categoria de la culpabilidad

Urs Kindhäuser
Profesor de Derecho penal. Universidad de Bonn.

Resumo: O autor examina em que medida é possível falar em culpabilidade num estado democrático e pluralista. O autor, após proceder a um exame crítico de posturas que vêem na culpabilidade uma autocontradição do agente, recorre à teoria do discurso para fundamentar o reproche de culpabilidade. São introduzidos, assim, os conceitos de autonomia comunicativa e de lealdade comunicativa, com base nos quais o autor alicerça uma concepção discursiva segundo a qual, em síntese, quem viola uma norma estabelecida num processo democrático, que respeita, portanto, a autonomia comunicativa dos cidadãos, se faz merecedor de um reproche por sua falta de lealdade comunicativa. Este conceito de culpabilidade tampouco se faz vulnerável à objeção de que se estaria instrumentalizando o agente ao puni-lo.

Palavras-chave: Culpabilidade – Prevenção geral positiva – Fins da pena – Teoria do discurso – Liberalismo – Democracia.

Abstract: The author examines in which manner we can talk about culpability in a democratic and pluralist State. The author, after carrying out a critical examination of positions, which see in culpability a self-contradiction of the agent, makes use of the theory of the discourse to create fundaments for the repression of culpability. So the concepts of communicative autonomy and loyalty are introduced, and their basis

are used by the author to create a discourse concept according to which, in synthesis, the person who violates an established norm in a democratic process, which respects the communicative autonomy of citizens, deserves repression for the lack of communicative loyalty. This concept of culpability is also not vulnerable to the objection that we would be instrumentalizing the agent by punishing him.

Keywords: Culpability – General positive prevention – Aims of penalty – Theory of the discourse – Liberalism – Democracy.

Sumario: Introducción – 1. Mandato de neutralidad y culpabilidad material: 1.1 Cuestión inicial; 1.2 Liberalismo racional: culpabilidad como autocontradicción; 1.3 Jakobs: autocontradicción qua definición de ciudadano; 1.4 Comunitarismo: autocontradicción del autor como ciudadano – 2. La tarea de integración social del derecho: 2.1 Punto inicial; 2.2 Fundamentos teóricos de la acción; 2.3 Legalidad y legitimidad – 3. Fidelidad al derecho en un estado social y democrático de derecho: 3.1 Autonomía y lealtad comunicativa; 3.2 Legitimación democrática; 3.3 Criterios de la culpabilidad materia; 3.4 Protección de bienes jurídicos – 4. ¿Instrumentalización del culpable?.

Área do direito: Penal

Introducción[1]

Mis consideraciones se ocupan de la siguiente cuestión: ¿Puede haber en una sociedad pluralista y democráticamente constituida una culpabilidad jurídico-penal material? La respuesta será ciertamente afirmativa, pero muy divergente de las dos principales tendencias en la actual discusión de los fundamentos jurídico-penales: el funcionalismo, por un lado, y los seguridores del liberalismo racional subjetivista, por otro.

1. Texto de la conferencia presentada al congreso de profesores de Derecho penal en mayo de 1995 en Rostock, con ampliaciones no esenciales y complementado con notas. Publicado en ZStW 107 (1995), p. 701-733. Traducción del original alemán por el Prof. Percy García Cavero (Universidad de Piura).

Las consideraciones están distribuidas en cuatro secciones. En la primera de ellas se analiza críticamente algunas de las más importantes posiciones que actualmente se pronuncian sobre la cuestión de la culpabilidad material. En la segunda sección se exponen los fundamentos teóricos de la acción propios de un concepto discursivo de la culpabilidad, cuyo anclaje teórico-jurídico se trata en la tercera sección desde el aspecto del establecimiento democrático de la norma. Finalmente, en la cuarta sección, se aborda someramente el problema de hasta qué punto el autor de un delito puede ser salvado de una instrumentalización mediante el reproche de culpabilidad.

1. Mandato de neutralidad y culpabilidad material

1.1 Cuestión inicial

Por culpabilidad formal entiendo el contenido del reproche de culpabilidad formulado como resultado de la imputación dogmática de un delito. Este reproche reza: si el autor hubiese incorporado el motivo de la obediencia a la norma como dominante en su esquema mental, hubiese podido evitar su comportamiento antijurídico. Si no se aprecian causas –sean causas de exclusión de la culpabilidad, sean causas de exculpación– que dispensan de incorporar como dominante el motivo de obediencia a la norma, puede, en consecuencia, imputársele al autor su comportamiento delictivo a título de culpabilidad.

Llamo formal a esta culpabilidad porque ella no somete a discusión su fundamento material. En esta culpabilidad, lo jurídico-penal resulta sólo de la circunstancia de que el objeto del reproche es una infracción de la norma penalmente sancionada. Así, permanecen sin respuestas el por qué se pena la ausencia del motivo de obediencia a la norma y por qué el autor debió haber incorporado el motivo de obediencia a la norma en su esquema mental. Es la culpabilidad material la que ofrece la respuesta a estas interrogantes.

Si el reproche de culpabilidad, seguida de la reacción represiva, no carece de un fundamento legitimante, es evidente que la pregunta acerca de la culpabi-

lidad material no puede quedar sin respuesta. Pero como la determinación de la culpabilidad material no es un paso dogmático explícito que tenga que verificarse, la culpabilidad material finalmente queda amalgamada en el proceso formal de imputación. En otras palabras: el reproche formal de culpabilidad incluye la culpabilidad material que no se ha evidenciado.

Ahora bien, la búsqueda de la culpabilidad material no sólo crea grandes dificultades debido a que no es mencionada expresamente en el reproche de culpabilidad, sino que también existe una barrera normativa a la que puede calificársele de mandato de neutralidad del Derecho frente a los motivos de su obediencia.[2] *Kant* puso en claro que la sola legalidad –el comportamiento externo conforme a la ley– puede y debe ser obtenida por la fuerza,[3] pero las razones de obediencia a la norma deben dejarse al arbitirio de cada cual. De esto se desprende que no puede reprochársele al autor que con base en *determinadas razones* hubiese podido y debido evitar el comportamiento antijurídico. El Derecho que exige una conformidad externa con las leyes no puede obligar a una motivación racional –y mucho menos moral–.[4]

De cualquier forma, *Kant* parte del hecho de que la ley debe *merecer* su obediencia y, por consiguiente, ofrecer la posibilidad de ser obedecida con base en buenas razones.[5] Sin embargo, incluso esta tesis es problemática: ¿Acaso existen en una sociedad pluralista razones que legitimen la obligatoriedad general de una norma? ¿Ya no debe el Derecho, por tanto, dejar al arbitrio de cada cual el motivo de cumplimiento de sus normas, pues no *puede* ofrecer razones para sus normas que, en general, puedan comprenderse –en cualquier caso para todas las normas–? ¿Pero cómo puede darse una culpabilidad material, referida a la legitimidad, si faltan

2. El motivo jurídicamente neutral de la obediencia a las normas es diferenciable de los motivos, tipificados por el tipo, para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; claramente esto en *Kühl*, en: *Jung* et al. (ed.), Recht und Moral, 1991, p. 139, 144 y ss.

3. *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. por *Weischedel*, Obras, v. 4, 1975, p. 337 y ss.

4. Cfr. sobre esto, también, *Klaus Günther*, JB RuE 1994, p. 143 y 148 y s., y passim.

5. *Kant*, Metaphysik der Sitten (nota 2), p. 325, 509 y ss.

razones que puedan motivar racionalmente a todos a la obediencia de la norma? Para dar una respuesta a estas preguntas es necesario previamente analizar críticamente algunas propuestas para la determinación de la culpabilidad material, comenzando por las posiciones de un liberalismo racional subjetivista.

1.2 Liberalismo racional: culpabilidad como autocontradicción

a) Según una simplificación usual de los puntos de partida liberales, éstos representan fundamentalmente dos variantes. Una de estas variantes, que en nuestros días es desarrollada sobre todo por *Höffe*,[6] regresa a la versión de *Hobbes*.[7] Esta posición considera al ser humano como un ser, en principio, independiente que persigue sus intereses por egoísmo, pero que descubre, en virtud de su razón, que una libertad irrefrenable perjudica más que beneficia. Por este motivo, el ser humano realiza un contrato con los otros egoístas a los que perturba, conforme a la siguiente idea: se coordinan los ámbitos de libertad de manera que todos renuncian ciertamente a una parcela de libertad, pero a través de esa renuncia se favorece la posibilidad de que la restante libertad sirva por completo, ya que en estas circunstancias ella es respetada por los demás y, por tanto, no más lesionada. En suma, el individuo se queda con más libertad que la que renuncia, de manera que la transacción –renuncia de libertad frente a ganancia de libertad– es ventajosa para todos y, por ello, legítima.

Ciertamente lo más notable de este punto de partida se encuentra en la amplitud de contenido del concepto de libertad empleado: tanto el interés particular concretamente perseguido, como su valoración intersubjetiva, tienen un papel secundario. Por ello, el punto de partida del liberalismo racional que desarrolla una coordinación recíproca de la libertad es mucho más sensato que los puntos de partida

6. Cfr. solamente *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1987, p. 382 y ss.; crítica contundente en *Klaus Günther*, Rechtshistorisches Journal 1991, p. 233 y ss.

7. Leviathan, ed. por *Fetscher*, 1966.

utilitaristas que ponen en marcha la desesperanzada empresa de proporcionar una medida general de utilidad para el equilibrio de intereses distintos.[8] Fuera de esto, el punto de partida liberal puede fundamentar la aplicación de sanciones mediante normas que recurran a la argumentación del *Trittbrettfahren:*[9] si los otros cumplen el contrato y yo lo quebranto he ganado doblemente, al recibir la prestación de los otros y ahorrar la propia. Esto es neutralizado mediante la sanción pactada que, a su vez, es legítima, pues sin sanción retornaríamos al estado natural –o, lo que es lo mismo, a la ruptura general del contrato– y de este modo a la peor de todas las situaciones imaginables desde el punto de vista del desarrollo de la libertad.[10]

Para una legitimación de la norma así entendida, la culpabilidad material es un déficit de fidelidad al contrato, que no se alimenta de otro motivo que el de

8. Esto vale también para el modelo de un utilitarismo negativo, recientemente considerado por *Arthur Kaufmann*, ARSP, 1994, p. 476, que dispone minimizar la miseria humana. *De facto*, este utilitarismo restringe aún más la libertad que el utilitarismo positivo, que, con objetivos más o menos difusos de felicidad o bien de beneficios, apenas limita la libre determinación. Por el contrario, situaciones que *Kaufmann* cita a modo de ejemplos –como la pobreza, enfermedad, hambre y vagancia– son muy concretas y con ello al mismo tiempo (contrario a la teoría) concretas líneas de orientación de un utilitarismo positivo: mediante la minimalización de la pobreza, enfermedad, etc., es favorecida indudablemente la felicidad de la humanidad. Lo verdaderamente arriesgado de la propuesta de *Kaufmann* se encuentra en la radicalización –que seguramente tampoco convence del todo– del principio del buen samaritano (*Samariterprinzip*), pues no se trata de una exigencia inteligente de contribuir a la reducción del dolor, sino de una exigencia categórica: "actúa de manera que las consecuencias de tu acción sean conciliables con la evitación más amplia posible, o reducción, de la miseria humana", que también debe incluir la minimalización de las aflicciones inevitables (op. cit., p. 486). Con ello, asimismo, una acción en sí misma buena es moralmente errónea si pudiese evitarse más aflicción mediante una alternativa de acción: así, no debería ponerse a salvo de tener una desgracia a V, si por otro lado, también tengo una desgracia para U, que, por el contrario a V, tiene que mantener a una familia numerosa; yo debería ponerle a salvo en este caso, teniendo presente el carácter categórico de la exigencia, aun en el caso que V sea mi padre. Esto solamente muestra que toda formación de contenido obligatorio-general del principio de generalización (*Verallgemeinerungsprinzip*) lleva en sí el germen del terror de la virtud.

9. (N. del T.) El término "Trittbrettfahren" surge después de la segunda guerra mundial para denominar así al hecho de viajar en los estribos del tranvía, no pagando con ello el costo del viaje. Sin embargo, y habiéndose superado la crisis post-bélica, el término todavía es utilizado para designar el hecho de beneficiarse del esfuerzo o suerte (por ejemplo en los juegos colectivos de cartas) de otra(s) persona(s).

10. Refiriéndose a ello *Kindhäuser*, GA, 1989, p. 493, 496; similarmente *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, p. 245 y ss.

la salvaguardia teleológica de los propios intereses. Ciertamente, esta variante del liberalismo racional no puede superar la objeción de que si un sujeto constituido de forma puramente teleológica cumple con el contrato contraído aunque éste contradiga sus intereses, no tendrá una racionalidad final independiente. Por tanto, lo teleológico podrá ser tratar a los demás como partes del contrato en la consecusión de los propios objetivos, así como, por el contrario, infringir los acuerdos si así los propios objetivos se consiguen mejor.[11] La infracción del contrato no está, por tanto, en condiciones de fundamentar un reproche jurídico o moral frente al autor.[12]

b) La versión kantiana del liberalismo racional, que ha encontrado algunas formulaciones puntuales en el actual Derecho penal,[13] supera esta debilidad. La razón no es interpretada de forma absolutamente teleológica, sino como impregnada moralmente. La razón, entendida como *ratio* de la buena voluntad, está referida *a priori* al principio de generalización (*Verallgemeinerung*):[14] en lugar de la motivación por puros intereses propios se sitúa el autogobierno de la razón. Para *Kant*, el principio de igual libertad general siempre es querido y reconocido por el sujeto individual y autónomo. Son principalmente *Köhler* y *Zaczyk* quienes

11. Sobre todo quiere decir que el principio 'pacta sunt servanda' no se puede fundamentar de forma puramente teleológica. El que se puedan formular reglas (utilitaristas) del actuar teleológico no sólo no debe ser negado, sino que se desprende del hecho de que la racionalidad al fin presupone reglas de decisión.

12. Cfr. *Apel*, en: *Brumlik* et al. (ed.), Gemeinschaft und Gerechtigkeit, 1993, p. 149, 152 y s.; cfr., también, *Köhler*, en: Vielfalt des Rechts- Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung, 1994, p. 61, 65 y s.

13. Cfr. *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, p. 272 y ss.; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986; *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), p. 786 y ss.; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 128 y ss.; en clara posición frontal contra el "moderno" Derecho penal, *Naucke*, ZStW 94 (1982), p. 525 y ss.

14. (N. del T.) el término "Verallgemeinerungsprinzip" es traducido una veces como "principio de universalización" y otras veces como "principio de generalización". He preferido optar por la segunda alternativa de traducción porque considero que es la más fiel al texto. Una breve referencia al principio de generalización en relación con la teoría discursiva de Habermas, vid. en Innerarity, La teoría discursiva de la legitimidad de Jürgen Habermas, en: *Persona y Derecho*, 14 (1986), p. 267 y 268.

derivan de esto la conclusión para el Derecho penal de que el Derecho, que coordina las esferas de libertad, se apoya en el reconocimiento racional del principio de libertad general.[15]

En esta variante kantiana del liberalismo racional, la culpabilidad material es igualmente una razón deficitaria: el delito es autocorrupción moral de un congénere que es considerado como un ser racional, igual y libre. El delincuente niega mediante el hecho delictivo la razón de la vinculatoriedad jurídica general condensada en la norma. El delincuente se contradice a sí mismo como ser racional mediante la irracionalidad de su hecho.[16] La razón subjetiva para la validez de la norma debe descubirise en el momento mismo de la determinación racional de la acción.

De todos modos, un liberalismo racional entendido de esta forma, ni es convincente en lo que se refiere a la teoría del conocimiento, ni satisface las específicas exigencias jurídico-penales. Ante todo, es ya dudosa la idea de un sujeto racional antepuesto a la sociedad.[17] Tanto la racionalidad en general, como las representaciones morales en particular, intervienen intersubjetivamente en el proceso de socialización mediante el diálogo y, por eso, están ineludiblemente unidas al *status* de la racionalidad de una sociedad concreta.[18] Un modelo de

15. Cfr. *Köhler* y *Zaczyk* (nota 11), con una interpretación a *Kant* debidamente detallada.

16. Cfr. *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 29 y s.: "Lo malo, como proceso en el pensamiento, reside en la autocorrupción; autonegación del entendimiento en lo realmente bueno/justo de la máxima de determinación de la acción". Cfr., también, *el mismo*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, p. 38 y ss. Similarmente *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 201: el autor al "adoptar las posibilidades de acción que por si mismo ha excluido como ser racional, niega en la misma medida su propia racionalidad". La autocontradicción se evidencia pues –como muestra *Günther*, JB RuE 1994, p. 151–, si la norma es obedecida por motivos irracionales.

17. Pero como el pensamiento es determinado por el lenguaje –con todos sus conceptos jurídicos y políticos fundamentales– y el lenguaje es antepuesto al "origen racional" del individuo, la constitución de la colectividad difícilmente se puede apartar de la razón de los individuos; cfr. en contra *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), p. 786, 814 y ss.

18. Acertadamente *Jakobs*, en: Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung, 1985, p. 23, 27: "Es el dilema de las teorías del contrato social: tener que postular más al sometimiento normal ante el Estado que al que es de esperar sin Estado, o tener que asumir la hipótesis tan poco plausible de la armonía preestablecida"; cfr., también, op. cit., p. 31.

contrato social no puede ser desarrollado sin una idea previa de sociedad. Los modelos que, no obstante, se aferran a premisas, como por ejemplo el modelo del velo de la ignorancia que respecto a sus roles concretos tendrían que asumir las partes del contrato social en una sociedad avanzada,[19]-[20] reducen a dos los criterios de justicia: imparcialidad y reciprocidad. Sin embargo, estos criterios también pueden ser utilizados con buenos resultados para la fundamentación jurídica, sin tener que asumir un mundo idealizado de seres racionales.[21]

Insalvable es la objeción de que el liberalismo racional, en esta forma descrita, no ofrece una solución satisfactoria a la relación paradójica entre el déficit de motivación relevante para la culpabilidad y la neutralidad del Derecho frente al motivo de obediencia de la norma.[22] Esto se debe, sencillamente, a que este liberalismo racional niega el mandato de neutralidad, mientras pretende conseguir la obediencia a la norma mediante la autodeterminación racional.[23] Así, los bienes

19. Cfr. la prestigiosa construcción de *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, deutsch 1979, p. 159 y passim.

20. (N. del T.) Para poder llegar a determinar los principios de justicia libre de prejuicios y de una manera equitativa, Rawls propone la idea del "velo de la ignorancia". Mediante este procedimiento las partes que deliberan sobre los principios de justicia se desprenden de (ignoran) ciertos aspectos que pudieran motivar una inclinación hacia sus intereses. Así, por ejemplo, se ignora "su lugar en la sociedad, su posición o clase social, cuál es su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni sus rasgos psicológicos" (...) Aún más, Rawls supone que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad (situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar). En suma, a través de la noción del "velo de la ignorancia", de origen claramente kantiano, se busca descubrir ciertos criterios de justicia independientes de tendencias particulares y, por ello, desligados de aspectos situacionales. (Cfr. sobre esto con mayor detalle Rawls, *Teoría de la justicia*, (trad. María González), Madrid, 1979, p. 36 y s., 163 y ss.).

21. Acerca del cambio filosófico de paradigmas del conocimiento del lenguaje cfr. *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980, p. 50 y ss, (con amplias referencias).

22. Cfr., también *Günther*, JB RuE 1994, p. 143, 150 y s.

23. De otra manera es la interpretación a *Kant* de *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1984, p. 16 y ss., 42 y ss.: la ley jurídica –conforme a la razón jurídica– legitima sólo la fuerza que a su vez obliga sólo indirectamente: "Es, en último término, el egoísmo el que motiva los comportamientos conforme a las leyes. La fuerza que se ha dejado entrever es una información que la inteligencia orientada a la acción incluye en su cálculo y así el egoísmo se preserva de una torpeza" (p. 34 y s.). En este sentido, el deber jurídico puede admitir un cumplimiento heterónomo y así el cumplimiento de los deberes jurídicos ser "resultado de una determinación masiva exterior".

jurídicos –según *Zaczyk*[24]– sólo adquieren realidad si los individuos orientan sus conductas concretas hacia el bien jurídico y si los individuos permiten su existencia o, lo que es lo mismo, la libertad de los demás, actuando conforme a esta convicción. La existencia de las relaciones jurídicas depende de que los individuos "realicen el esfuerzo subjetivo de constituir estas relaciones".[25]

Esto significa prácticamente dar a los destinatarios de la norma una pretensión demasiado exagerada y se opone, además, al establecimiento democrático de la norma. En una sociedad pluralista y democráticamente constituida, las normas no están formuladas a causa de un raciocinio individual, sino discursivamente. Ciertamente, con esto, todos los intereses deben ser tomados en cuenta, pero como el proceso de formación de las opiniones es determinado por la decisión de la mayoría, puede que, en principio, el individuo no acepte la norma como conforme a su razón. Por eso, el Derecho democrático no puede fundar sólo subjetivamente las razones de validez de sus normas; basta con indicar, por ejemplo, el artículo que prohibe el aborto. Entre la autodeterminación moral de la persona y el deber jurídico fundamentado democráticamente no puede fijarse una armonía preestablecida.[26] El problema aquí planteado es aplicable a todo punto de partida que,

24. Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 198.

25. Cfr., también, *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 171: El reconocimiento de los bienes jurídicos (personales) debe "ser realizado por cada uno en las relaciones con los demás". Similarmente, *el mismo*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, p. 26, 31: injusto como incumplimiento práctico del autor.

26. La concepción de *Köhler*, por lo demás sumamente contundente, es, en este punto fundamental, relativamente indeterminada: el proceso de ordenación del Derecho debe tener en cuenta "su presupuesto particular en la autonomía del sujeto" (*Köhler*, Der Begriff des Strafe, 1986, p. 46); no obstante, la norma jurídica puede "incluso contradecir la máxima moralmente autónoma que obliga correctamente" (op. cit., p. 47). Para que esta contingencia pueda ser eliminada y, en el delito, "la autonegación del sujeto ser apreciada en la práctica como razonable", *Köhler* debiera ofrecer un criterio con cuya ayuda se haga constar la correspondencia de la racionalidad subjetiva e intersubjetiva. La falta de demostrabilidad de tal criterio es la fractura de toda teoría que quiera fundamentar subjetivamente la validez intersubjetiva –y la culpabilidad jurídica únicamente en la mala voluntad–. Entiende similarmente *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 151, el precepto legal como expresión de la "conformidad común" a explicitar sin el paso de lo subjetivo a la conformidad común; cfr., *el mismo*, Strafrechtliches Unrecht und die

sin tener en cuenta la mediabilidad social del genesis de la norma, deriva la razón inmediata de validez de la norma, de la moralidad individual. En un mundo social, el individuo no puede estar a la vez en sí mismo y en la generalidad.[27]

Sucede que la sociedad moderna se integra en la lucha de opiniones, el Estado ha dejado de ser un vigilante con facultades defensivas y se ha convertido en parte cooperadora –sobre todo en el área de la economía y del trabajo–, el aseguramiento de los derechos de participación social se antepone al equilibrio de las libertades negativas, los poderes públicos no solamente se fusionan progresivamente unos con otros, sino que también se mezclan con partidos y asociaciones,[28] la autodeterminación actualmente depende en gran medida de la disponibilidad sobre los datos. En suma: que la libertad de acción que es interpretada a la luz de una libertad comunicativa no es compatible con la visión retrospectiva del liberalismo racional de nuevo cuño.

1.3 Jakobs: autocontradicción qua definición de ciudadano

En su interpretación, orientada a la prevención, de la culpabilidad jurídico-penal, *Jakobs* renuncia a una determinación material del sujeto de imputación. Al autor solamente se le exige el rol de un ciudadano libre, lo que significa que tiene derecho a administrar su propia cabeza y a estructurar su propia vida. El sinalagma de esta concesión de libertad es "la obligación de ejercitarse en la fidelidad al Derecho".[29] Para que esta interpretación del sujeto de imputación no sea puramente formal, *Jakobs* pretende que las normas a obedecer estén legitimadas: deben ser

Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, p. 25: En el Estado aparece objetivada la orientación del cumplimiento racional del individuo para la determinación de su comportamiento.

27. Así *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, p. 28 y s. El liberalismo racional subjetivista, ciertamente, puede mostrar la necesidad de un Derecho establecido estatalmente –en especial, claramente: *Zaczyk*, ARSP-Beiheft 56 (1994), p. 105, 119 y ss.–, pero no la necesaria congruencia entre razón subjetiva y generalidad jurídica para fundar subjetivamente un concepto de culpabilidad.

28. Basta solamente con hacer alusión a la función de ordenación quasi-pública de los convenios colectivos.

29. *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, p. 35.

normas de un ordenamiento que procure los recursos necesarios para el libre e igual desarrollo de todos. Con ello, la culpabilidad material es la falta de fidelidad al Derecho frente a normas legítimas que se pueden interpretar, desde todo punto de vista, en el sentido tradicional de leyes de libertad general.

La falta de determinación material del concepto de persona hace inmune a esta teoría frente a la objeción a la que está expuesta la última variante descrita del liberalismo racional. La culpabilidad material no requiere la autocorrupción moral. Para actuar culpablemente, el autor no tiene que decidir ir en contra de las razones que internamente indican el comportamiento adecuado a la norma, pues la valoración individual que establece la prioridad de la norma no puede, de ninguna forma, demostrarse en una sociedad pluralista. Para este punto de partida basta, más bien, con exigir, para la culpabilidad material, el rol de un ciudadano libre, sin ser fiel al Derecho frente a las normas que asignan una misma libertad.

No obstante, *Jakobs*, con su fundamentación puramente objetiva de la culpabilidad material, va demasiado lejos. Aun cuando la culpabilidad no pueda consistir en la comprensión subjetiva de las razones que expresa la norma, el reproche de la culpabilidad debe contener algo más que la falta de una conformidad externa con las reglas. Se debe ofrecer una vinculación interna entre la norma y el destinatario de la misma para fundamentar la culpabilidad material,[30] sobre todo si solamente así puede explicarse el componente emocional de la defraudación que produce la infracción de la norma.[31] La interpretación jakobsiana de la fidelidad al Derecho, por moderna que parezca, se adapta igualmente al Estado paternalista del Despotismo ilustrado. Se desestima que las normas en una sociedad constituida democráticamente se basan también, y precisamente, en los esfuerzos intersub-

30. Si esta objeción vale aún después de la conferencia de Jakobs en el Congreso de profesores de Derecho penal en Rostock (ZStW 107 [1995] p. 843), no se decidirá aquí; en todo caso con el anclaje de la culpabilidad en la "comunicación personal", que se basa en las relaciones recíprocas de aceptación, ni permite una consideración puramente externa (funcional) del concepto de culpabilidad, ni la inobservancia del constituyente psíquico para el concepto de persona.

31. Críticamente sobre el ausente componente emocional, también, *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, p. 8 y ss; *Streng*, NStZ, 1995, p. 161, 162; cfr. sobre esto *infra* IV.

jetivos de comprensión comunicativa (*Verständigung*)[32] para la coordinación justa de intereses o, lo que es lo mismo, en la expresión de la autonomía política de los que son sujetos individuales del Derecho. Falta una vinculación internamente conceptualizada entre la culpabilidad y la legitimidad de la norma; hasta cierto punto se debe a una feliz casualidad que la norma, cuya infracción es imputada al autor, pertenezca también a un ordenamiento jurídico legítimo.

Fidelidad al Derecho no es una contraprestación a la asistencia del Estado, sino que debe estar fundamentada en la autonomía participativa de la comprensión comunicativa de las normas. En este sentido, la idea se encuentra próxima a interpretar la culpabilidad en relación con el rol de ciudadano que posee el autor. De ahí que se esté muy próximo a una teoría normativa de la sociedad que resalta mucho el rol del ciudadano: el comunitarismo.

1.4 Comunitarismo: autocontradicción del autor como ciudadano

Ciertamente, el comunitarismo aún no ha influido profundamente en la discusión tecnico-jurídica; sin embargo, en la Filosofía del Derecho ha ido ganando terreno[33] y será nada más que una cuestión de tiempo para que sus postulados lleguen también al Derecho penal. Por eso, vale la pena intentar esbozar un esquema de una teoría comunitarista de la culpabilidad.[34]

32. (N. del T.) El término "Verständigung" es generalmente traducido por "entendimiento". Así por ejemplo, lo hace Manuel Jiménez en los trabajos de Habermas publicados bajo el título: *Teoría de la acción comunicativa*: complementos y estudios previos, Madrid, 1989, p. 499. Sin embargo, he preferido traducirlo como "comprensión comunicativa" porque la considero más específico y, además, más en conexión con la teoría de la acción comunicativa de Habermas, en donde es utilizada constantemente; en este sentido, Innerarity, *Persona y derecho* 14 (1986), p. 265. No obstante, dejo la salvedad de esta discrepancia que no altera sustancialmente la comprensión del texto.

33. Cfr., también, *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 1994, p. 187 y ss.

34. Lo cual es extraído del amplio espectro de las contribuciones a la discusión, sobre todo de la llamada dirección sustancialista o neo-aristotélica, que interpreta éticamente el *status* del ciudadano y está determinada por la orientación al bien común; cfr., sintéticamente, *Forst*, en: *Honneth* (ed.), Kommunitarismus, 1993, p. 196 y ss.

El comunitarismo tiene su origen en el análisis crítico de la versión del liberalismo en el Derecho y en la Filosofía política anglo-americana sostenida especialmente por *John Rawls*. La crítica se sirve, por un lado, del instrumental teórico-cognitivo de la hermenéutica y de la filosofía analítica, y por otro lado, se fija en una tradición histórico-intelectual que cuando menos tiene en parte su asiento en *Aristóteles*, así como en *Cato*, *Maquiavelo* y los racionalistas franceses.[35] La idea política fundamental expresa que una democracia es tan buena o tan mala según si sus miembros cumplen los deberes ciudadanos a los que están obligados.

El comunitarismo puede ser formulado como una teoría normativa de la sociedad que no considera menos importante el valor de la libertad que el liberalismo. El comunitarismo no implica la idea de una *volonté générale* en el sentido de *Rousseau*, sino que el bien común puede también apreciarse como el claro resultante, determinado *ex ante*, de la divergencia democrática de opiniones. El comunitarismo se basa también en la participación en el proceso, el pluralismo de las opiniones y de las fuerzas sociales. Pero, mientras el liberalismo piensa estáticamente –la sociedad burguesa en un comienzo se constituye libremente, las cosas funcionan en cierto modo por sí mismas, con tal que cada uno respete la libertad de los demás[36]–, el comunitarismo piensa dinámicamente. En lugar de la persecución racional de intereses se coloca la virtud,[37] cuyo ejercicio produce, en primer lugar, libertad. Libertad que no es de dimensión inalterable, sino que

35. Cfr. sobre el estado de la cuestión *Brumlik* et al. (ed.), Gemeinschaft und Gerechtigkeit, 1993; *Forst*, Kontexte der Gerechtigkeit, 1994; *Honneth* (ed.), Kommunitarismus, 1993; *Zahlmann* (ed.), Kommunitarismus in der Diskussion, 1992. Si la remisión a los denominados garantes (Gewährsleute) filosóficos está siempre autorizada, no me ocuparé aquí de eso.

36. *Zaczyk* ve esto –refiriéndose a *Fichte*– de otra manera: el contrato social ha "de considerarse como una constantemente renovada voluntad ejecutiva y confirmatoria de todos, de aceptar este concreto ordenamiento estatal"; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 184. Ésto, ciertamente, sólo se puede desarrollar desde las reglas de la prudencia y no deducirse (lógicamente) de la sóla exigencia de ámbitos de arbitrio mutuamente convenidos del imperativo categórico subjetivo.

37. Cfr. sobre esto, además, *Münkler*, Die Idee der Tungend, Archiv für Kulturgeschichte 73 (1992), p. 381.

se consigue con la participación en los asuntos públicos y que está garantizada por el compromiso. Un pueblo en el que falta la virtud y en el que lo absolutamente inmoral se ha propagado –así lo constata *Maquiavelo*–, no puede vivir un instante en libertad.[38] El comunitarismo no interpreta teórico-cognitivamente al individuo como un ser racional ahistórico y atomístico, sino como una criatura que pertenece a una sociedad concreta en una época concreta. Su identidad no es una dimensión lógica o temporalmente previa a la sociedad, sino que está constituida ante todo socialmente. El establecimiento de la identidad individual a través de la sociedad, fundamenta una compenetración entre el individuo y la sociedad en el sentido de una comunidad de la que resultan las correspondientes obligaciones de favorecer al bien común.[39] Evidentemente, es esencial que la sociedad en cuestión esté constituida democráticamente, puesto que sólo en democracia se deduce, de la participación en el poder que se tiene sobre todos, la obligación de favorecer al bien de todos.

Según esta interpretación, el individuo es considerado no como persona privada que también puede actuar como ciudadano en el intercambio, por lo menos imaginado, de derechos y deberes, sino que a él en cierto modo le es innato el rol de ciudadano. Como ciudadano, el individuo es responsable por el bien público y tiene que cumplir las normas que aseguran la estabilidad del Estado y la sociedad para no perjudicar la aspiración general hacia el bien.[40] Con ello, la fidelidad al Derecho pretende la virtud ciudadana, en el sentido de un compromiso éticamente fundamentado, en una sociedad constituida juridicamente de la que se es parte,[41] mientras que la culpabilidad significa desprecio de la responsabilidad por el bien común. Mediante la infracción de la norma el individuo abandona la comunidad –así *Hannah Arendt.*[42]

38. *Machiavelli*, Discorsi, ed. por *Zorn*, 1966, I, 16 (p. 57).
39. Por ejemplo *MacIntyre*, en: *Honneth* (ed.), Kommunitarismus, 1993, p. 84 y ss.
40. Cfr. *MacIntyre*, Der Verlust der Tugend, 1988, p. 204 y s.
41. Cfr., también, *Fletcher*, Loyalität, 1994.
42. Macht und Gewalt, 1985, p. 42; similarmente *MacIntyre* (nota 35), p. 204.

Así como tan claro y cercano a la *praxis* se muestra el comunitarismo al haberse dado cuenta de que el bien general no depende de la cualidad formal de las leyes, sino del compromiso del ciudadano, y así como tan acertado es el entendimiento teórico-cognoscitivo de la historicidad del pensamiento y del sentir, así también de problemática se manifiesta la consecuencia ético-política de una identificación del individuo con el rol de ciudadano patriota.[43] Con esto, se desestima que el Derecho solamente prescribe la obediencia de sus normas y que deja al libre arbitrio las razones de dicha obediencia, en tanto ni quiere ni puede obligar por la fuerza. El comunitarismo niega el mandato de neutralidad del Derecho, puesto que pretende la obediencia de la norma como virtud ciudadana y, con ello, carga al autor con cualidades extra-jurídicas.

A pesar de esta crítica, la importancia fundamental de cooperación ciertamente no puede negarse en una sociedad liberal; antes bien quedará por saber si el enunciado comunitarista fundamental puede ajustarse también a un entendimiento liberal del Derecho.

2. La tarea de integración social del derecho

2.1 Punto inicial

Por el momento puede decirse, resumidamente, que la breve incursión en algunos puntos de partida para la determinación de la culpabilidad material parece haber guiado a una situación aporética: o se desiste –como *Jakobs*– a una relación interna entre el autor y la legitimidad de la norma, o se abandona, en mayor o en menor medida, el mandato de neutralidad del Derecho, no limitandose la tarea del Derecho solamente a la garantía de la legalidad. Ambas alternativas son poco satisfactorias. Ni se puede renunciar al reproche de una culpabilidad material subjetivamente fundamentada, pues de lo contrario el reproche de culpabilidad no justificaría la

43. Críticamente cfr., también, *Günther*, JB RuE 1994, p. 143, 151 y s.

pena, ni se puede infringir el mandato de neutralidad en la fundamentación de la culpabilidad material, pues de lo contrario se produce, en el reproche al autor, algo que no es objeto de una imputación de culpabilidad limitada a la legalidad.

No obstante, la situación podría solucionarse si se diese una razón que vinculase a los individuos a la norma, sin restringir la libertad respecto del motivo de obediencia. Por un lado, la norma no debe ser una orden externa heterónoma, pero, por otro lado, tampoco ha de fijar una moral autónoma pre-jurídica a los destinatarios como razón de su obediencia. Por tal motivo, debe buscarse las condiciones bajo las cuales se produce, ya desde la legalidad de la norma, la legitimidad para los destinatarios. Sólo entonces la culpabilidad material estará referida exclusivamente a la legalidad, libre de implicaciones de decencia, morales o ético-valorativas, irreducible normativamente y, a pesar de ello, no funcional, pues estará referida a las condiciones de legitimación de la legalidad y no a su función.[44]

Un concepto de culpabilidad delimitado de esta manera es trascendental y debe fundamentarse desde los presupuestos teórico-jurídicos hasta su conformación dogmática. Esto solamente puede realizarse aquí, mientras el camino de la fundamentación esté señalizado en virtud de la respuesta a algunas preguntas claves, comenzando por la clarificación de los fundamentos teóricos de la acción.

2.2 Fundamentos teóricos de la acción

Las normas delimitan el ámbito del comportamiento fácticamente posible en atención al establecimiento de un ordenamiento de la convivencia; junto con otros factores de la comunidad que generan lealtad como familia, costumbres, cultura o religión[45] las normas sirven a la integración social. Mediante la integración social se

44. Naturalmente un concepto jurídico(-penal) de culpabilidad así entendido es suceptible de crítica y de legitimación moral; moral que por sí sola no es constitutiva para este concepto. En un intento de hacer productivo el pensamiento democrático para el concepto jurídico-penal de culpabilidad, cfr., también, *Muñoz Conde*, GA, 1978, p. 65, 73 y ss.

45. El Derecho puede, en *pro* de la integración social, tener en cuenta relaciones de lealtad (*Loyalitätsverhältnissen*) especialmente estables de dos maneras: o se pueden "juridizar"

constituye, junto a un mundo natural, un mundo social que, como dice *Habermas*, "(se compone) de ordenamientos institucionales que establecen qué interacciones pertenecen, en cada caso, al conjunto de relaciones sociales autorizadas".[46]

La integración social se alcanza si los partícipes limitan sus comportamientos al ámbito de lo debido. Sin embargo, dado que el ámbito de lo posible –separado del conjunto mediante las normas– permanece existente, el comportamiento discrepante no carece *eo ipso* de sentido –como por ejemplo la desatención de las reglas matemáticas–, sino que es potencialmente comprensible. Toda discrepancia, al señalar que del otro lado de lo debido hay un mundo posible, muestra la fragilidad de la integración social y produce una potencial desintegración. Y ciertamente potencial, porque la discrepancia puede ser interpretada como caso fortuito, desgracia o adversidad excusable; en resumen, como un comportamiento que por sí mismo no pretende sentido alguno y de ahí que tampoco se dude del sentido de la norma.[47] En este sentido, solamente es desintegrador aquel comportamiento que, como acto comunicativo de un sujeto capaz de comunicación, pretende un sentido y, con ello, quiera ampliar el ámbito de lo comprensiblemente posible más allá de los límites consentidos. El criterio de cuando sí y cuando no un comportamiento se corresponde con esta idea, lo establece la culpabilidad. El comportamiento culpable tiene un sentido atribuido: discrepante con la generalidad, pero socialmente comprensible.

La fundamentación que me permite interpretar la culpabilidad en este sentido, parte de la afirmación de que la integración social se debe a una comprensión comunicativa discursiva. Dado que esta afirmación está en el centro de

(*verrechtlichen*) lealtades específicas, como es el caso de las posiciones de garante institucionales, o tales lealtades –como por ejemplo para las causas de disculpa– se reconocen prioritarias ante la solidaridad jurídica mínima (cfr. sobre esto *infra* III 3).

46. *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, p. 585.

47. Por ello, una falta de voluntad de obediencia a las normas no es *per se* más reprochable, menos aún cuando el comportamiento no es suceptible de ninguna interpretación racional –sobre todo al no estar sostenido por un fin–, pues el comportamiento no está enfrentado en el sentido con la norma.

mi reconstrucción del concepto de culpabilidad[48] y, además, marca otra diferencia con el funcionalismo –si se quiere también de "tradición europea"[49]–, habría ante todo que –en conexión con la teoría comunicativa de la acción que *Habermas* ha investigado con profundidad[50]– aclarar brevemente y delimitar uno de otro, los dos conceptos fundamentales de la acción: orientación al resultado y orientación a la comprensión comunicativa.

La acción orientada al resultado, o instrumental, es un comportamiento a través del cual el autor organiza los medios para alcanzar un objetivo seleccionado discresionalmente. Para ello, el autor contempla su entorno, al que objetiviza, incluyendo a terceras personas; esto es, como factores que favorecen u obstaculizan su plan de acción. Frente a la acción orientada al resultado se sitúa la acción orientada a la comprensión comunicativa, o discursiva, referida a la obtención del acuerdo, del consenso. Los partícipes no persiguen sus objetivos sin considerar intereses ajenos, con la consecuencia de que en un conflicto de intereses prevalezca el que tiene mayor capacidad de imponerse, sino que intentan ponerse de acuerdo; los respectivos intereses son coordinados por medio del lenguaje.

Esto presupone que los partícipes no adoptan el rol de observadores descriptivos, sino de participantes (interlocutor/receptor) que otorgan validez a pretensiones de cuya realización aceptan responsabilizarse. La comprensión co-

48. Sobre el fundamento filosófico-histórico de una normativización del concepto de culpabilidad cfr. *Oelmüller*, en: *Baumgartner* et al. (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, p. 9 y ss.

49. (N. del T.) El término "alteuropäisch" se utiliza para caracterizar el pensamiento basado en principios de tradición europea u occidental. De la controversia de los años setenta en Alemania entre Habermas y Luhmann, surgen como dos criterios enfrentados el funcionalismo (*Funktionalismus*) y el pensamiento de tradición occidental (*Alteuropäische*). Esta dualidad de tendencias referidas a la teoría de la sociedad moderna ha repercutido también en el Derecho penal; sobre ésto véase Jakobs, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäische Prinzipiendenken", *ZStW* 107 (1995), p. 843 y ss. [hay traducción al español con el título de *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio y Feijóo), Madrid, 1996]; Lüderssen, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäische Prinzipiendenken", *ZStW* 107 (1995), p. 877 y ss.

50. Cfr. sobre esto y en lo siguiente sobre todo *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 vols., 1981; *el mismo*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, p. 595 y ss, y passim; *el mismo*, Faktizität und Geltung, 1992.

municativa existe por el intercambio de perspectivas:[51] la argumentación racional sólo es posible si aceptamos recíprocamente estar dispuestos a reconocer al o a los otros como personas debidamente capacitadas y legitimadas para aceptar o rechazar con un "sí" o con un "no" puntos de vista libres e iguales.[52] La comunicación orientada a la comprensión requiere, pues, que los partícipes se atribuyan recíprocamente capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*).[53] Esta atribución se manifiesta infundada para un partícipe si éste cambia su rol de partícipe por el rol de observador con un criterio objetivante.

Para coordinar intereses mediante la comprensión comunicativa, *Ego* no sólo tiene que exponer su punto de vista, sino que con ello debe conseguir principalmente la comunicación, procediendo a un intercambio de perspectivas. Para que *Ego* pueda manifestarse de manera que *Alter* le entienda, debe previamente colocarse en el rol de *Alter* y considerarse desde aquella perspectiva. De esta manera, *Ego* consigue, por otra parte, la propia comprensión individual: *Ego* aprende a entenderse a sí mismo y a entender su rol de interacción, fundamentalmente mediante la recepción del rol de los demás. En el proceso discursivo de la comprensión comunicativa para coordinar acciones no hay, pues, una subjetividad atomística, ni un abandono de la individualidad a través de una inclusión en la colectividad, sino la obtención de la autonomía individual mediante el intercambio de perspectivas: la apreciación del rol ajeno es necesario para el descubrimiento y constitución de la propia identidad.[54]

51. Cfr. desde un punto de vista empirico-genético, también, *Dux*, Der Täter hinter dem Tun, 1988, p. 43 y ss.

52. Cfr. *Tugendhat*, Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie, 1976, p. 497, 518 y ss.

53. Cfr. sobre las condiciones de la personalidad recíprocamente atribuidas *Kindhäuser*, GA, 1989, p. 493, 500 y ss.; esta personalidad no corresponde según "la naturaleza de las cosas" a las personas jurídicas –por qué, preguntaba *Häußling* en la discusión.

54. Que el sujeto descubra su identidad a través del intercambio comunicativo de perspectivas, ciertamente no excluye la reflexión mediante el uso de la razón, es decir, que en el sujeto del lenguaje se asienten los límites; cfr. *Wittgenstein*, Tractatus (escritos, vol. 1), 1960, párrafo 5.6: "Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo".

La racionalidad que necesita la comunicación orientada a la comprensión comunicativa no es de naturaleza instrumental. Quien aceptara el hecho de fundamentar discursivamente las pretensiones de verdad y de validez, expresa, al mismo tiempo, que la realidad y la validez no se pueden descubrir mediante el engaño o las manipulaciones de la opinión. Con la admisión de un diálogo racional es reconocido de manera implícita el principio de que solamente vale la fuerza del mejor argumento.[55] Este es el principio discursivo de la igualdad de derechos y de la co-responsabilidad solidaria de todos los partícipes.[56] Este reconocimiento no significa que se entienda que este principio está ya realizado, sino solamente que debe ser considerado como idea regulativa de la comprensión comunicativa: es preestablecido contrafácticamente como condición para posibilitar soluciones pacíficas a los conflictos de intereses –y ciertamente la *única* buena posibilidad–.

Ahora bien, ciertas situaciones del acto de expresión no pueden aún producir y estabilizar ningún ordenamiento social, debido a sus factores de inseguridad, sobre todo por el riesgo de discrepancia. Igualmente la forma de vida, en el sentido de *Wittgenstein*[57] –esto es, el consenso de fondo no expresado de los modelos comunes

55. Se trata de la aceptación de un principio y no de una interpretación de los partícipes como sujetos racionales de la filosofía idealista, como *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, p. 127 y ss, objeta a *Habermas*.

56. Mi punto de partida no se encuentra fundamentado en una ética del discurso con pretensión de fundamentación última. Mas bien parto de un racionalismo crítico que señala que ha de buscarse discursivamente coordinaciones justas de la acción, pero que no tienen una pretensión de infalibilidad, sino que, por el contrario, están sujetas, tanto respecto de los hechos, como también de las valoraciones, al contínuo proceso de examen crítico.

57. Cfr. solamente Philosophische Untersuchungen (escritos, v. 1), 1960, § 241; sobre ésto también *Kindhäuser*, Intentional Handlung, 1980, p. 41 (con amplias referencias). Cfr., también el concepto del mundo de la vida (Lebenswelt) –teóricamente más desarrollado– en *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, p. 37 y ss: El mundo de la vida es una relación –reproducida mediante la comunicación– de tradiciones culturales mezcladas, de ordenamientos legítimos y de identidades personales. Al mundo de la vida pertenece también las instituciones que se presentan con una pretensión de indiscutible autoridad (el tabú del incesto), y en la que se fusionan facticidad y validez; la validez tiene la fuerza de lo fáctico. Este allanamiento de la tensión entre facticidad y validez favorece la utilidad de la estabilidad obtenida por el mundo de la vida y la inmuniza contra la presión de la experiencia creadora de contigencias.

de interpretación y lealtades que fundamenta toda comprensión comunicativa idiomática[58]–, no es capaz de proporcionar esta estabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que, con el transcurso de la evolución social, el espacio no problemático de certezas y formas de acción prohibidas es cada vez menor. En proporción a ello, el espacio de los ámbitos individuales de libertad aumenta, y estas libertades necesitan, en la medida en que están entremezcladas en un ámbito social, de la coordinación normativa sobre la que los partícipes deben ponerse de acuerdo. En un mundo secularizado, esta labor comprensiva de la integración social la asume oficialmente el Derecho.[59]

2.3 Legalidad y legitimidad

El Derecho contribuye a la integración social a través del doble modo de vigencia de sus normas. Por un lado, el Derecho puede impedir el acceso a aquello que está situado en el ámbito de lo posible, pero fuera de lo debido, mediante los medios coactivos que le caracterizan. En este sentido, el ámbito libre de actuación (*Handlungsspielraum*) del individuo es limitado fácticamente al ámbito de lo debido, aunque ciertamente en un plano instrumental. Esto es el aspecto exterior del Derecho en el sentido de *Kant*,[60] la conformidad exterior del comportamiento con la norma, el actuar en un marco legal.

Pero si, por otro lado, se acredita que la integración social funciona sobre el actuar orientado a la comprensión comunicativa, entonces ciertamente la fuerza instrumental será una *conditio sine qua non* para la seguridad de los límites entre legalidad e ilegalidad, pero, en todo caso, sólo secundaria. La carga principal para la coordinación de los espacios libres recae sobre el proceso discursivo, cuyo objeto es la determinación correcta de los límites (*Grenzziehung*). Igualmente este proceso

58. Cfr., también, *Searle*, Ausdruck und Bedeutung, 1982, p. 139 y ss.

59. Cfr. sobre esto y en lo siguiente, especialmente, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, p. 41 y ss., 61 y ss., y passim.

60. Cfr. Metaphysik der Sitten (nota 2), p. 324.

desarrolla, como ya se mencionó, las consecuencias del compromiso y, sobre todo, del autocompromiso, y ciertamente sólo en razón de sus reglas pragmáticas; los partícipes en la comunicación orientada a la comprensión se declaran competentes en cada caso para el cumplimiento de las pretensiones que han formulado. La recíproca atribución de capacidad y de voluntad para cumplir y mantener los compromisos asumidos se corresponde a un nivel teórico (jurídico-comunicativo) con el libre albedrío metafísico.

La dimensión de la legitimidad es la dimensión de la integración social que, más allá de la facticidad del ordenamiento, le da a éste sentido, racionalidad y justicia. Esta dimensión no es un decorado perfecto puramente repetitivo que la facticidad del Derecho, valga la redundancia, adorna con un polvillo metafísico, sino que es el primer momento de la integración social como dimensión de la perspectiva interior en la comprensión comunicativa de las normas. *Max Weber* puso en claro que los ordenamientos sociales son duraderos sólo en cuanto legítimos, pues las puras regulaciones de la conducta por una habituación irreflexiva o por determinadas situaciones de intereses no constituyen todavía un ordenamiento. Si el acuerdo de validez valorativa se basa en las expectativas del comportamiento, éstas deben poseer antes que nada una probabilidad empírica de verificación.[61] Ciertamente, este consenso de validez no pretende que las normas sean obedecidas por su legitimidad, pero sí que las normas deban tener un cierto carácter de validez para los afectados.[62] La expectativa de que las normas sean obedecidas no puede concebirse como una mera prognósis de sucesos futuros, sino que implica también el sentido normativo, sentimentalmente arraigado, de ser *justa*.[63] La fuerza social integradora del Derecho sólo puede desarrollarse como lo hemos visto, si a la obediencia fáctica de las normas, garantizada mediante la sanción, se le asocia la legitimidad.

61. *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1956, p. 22 y s.; cfr. ya en *Rosseuau*, Der Gesellschaftsvertrag, libro 1, capítulo 3; cfr., también, *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, p. 577 y s., (con amplias referencias).

62. Cfr. *Weber* (nota 55), p. 23.

63. Cfr. *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, p. 144 y s.

Como consecuencia de lo hasta ahora señalado, un concepto de culpabilidad funcional que quiera determinar su objeto a partir de la observación de la mecánica de imputación que estabiliza la norma, debe también comprender la labor de integración del discurso de legitimidad;[64] en este sentido, los cuadros de horror de una funcionalización del Derecho penal no tienen un fundamento objetivo.[65] Al concepto de culpabilidad funcional se le objeta, evidentemente, que no se puede reconstruir adecuadamente, desde la perspectiva observadora, el sentido de la perspectiva interna; concretamente: que las funciones sistémicas no pueden convertirse sin rupturas en normas y relaciones de fin-medio.[66] Un ejemplo sencillo: dificilmente se puede deducir de la función estabilizadora de las cifras negras constatadas externamente, que la persecusión penal quiera o deba proceder en el ámbito interno sólo selectivamente.[67] Precisamente cuando, de esta forma, la imputación de culpabilidad es situada conceptualmente en relación con la tarea

64. Esto no sólo no es desmentido por *Jakobs*, sino que es evidenciado con su fórmula del principio de culpabilidad como condición de estabilidad del ordenamiento social (cfr. solamente, Das Schuldprinzip, 1993, p. 8 y passim). Por eso, *Hirsch* no es coherente cuando, por un lado, reprocha a este punto de partida la dependencia del principio de culpabilidad a la correspondiente constitución de la sociedad que conduce a una absoluta manipulabilidad del concepto de culpabilidad –especialmente al no ser excluidas las desorientaciones temporales del ciudadano medio (creencias mágicas, odio de razas, etc.)–; pero, por otro lado, cimienta el libre albedrío, determinante de un concepto tradicional de culpabilidad, en la autocomprensión general vivida de los destinatarios del Derecho, e incluso postula "que con las amenazas de pena y también la pena misma se está refiriendo, en especial medida, a esta autocomprensión del hombre"; ZStW 106 (1994), p. 746, 753, 763.

65. Cfr. el análisis desapasionado y despejado de prejuicios de *Frister*, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993, p. 74 y ss., 95 y ss. y passim; sin embargo cfr. también sobre los puntos de partida utilitaristas que instrumentalizan *Burkhardt*, en: *Baumgartner* et al. (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, p. 51, 63 y ss.

66. Cfr., también, *Frister* (nota 59), p. 80 y ss; *Neumann*, ZStW 99 (1987), p. 567, 592 y s; *Oelmüller* (nota 43), p. 12; *Schild*, GA 1995, p. 101, 119 y s. La misma objeción afecta al denominado análisis económico del Derecho penal; cuyas explicaciones parcialmente contundentes –cfr., solamente *Adams/Shavell*, GA 1990, p. 337 y ss.– no cambian en nada la circunstancia de que el modelo no reconstruye adecuadamente desde la perspectiva interna el sentido de la atribución de culpabilidad y la determinación de la pena.

67. Además, tampoco se puede formular desde la perspectiva del observador criterios de interpretación, lo que es especialmente patente en las nuevas normas no implementadas o, lo que es lo mismo, la "funcionalización" de dichas normas. Sobre la correspondiente problemática de la investigación de la cifra negra, cfr. *Kreuzer*, NStZ 1994, p. 10 y s, (con amplias referencias).

de integración social del Derecho, corresponde a la perspectiva interna referida a la legitimidad, el papel principal.[68]

3. Fidelidad al derecho en un estado social y democrático de derecho

3.1 Autonomía y lealtad comunicativa

En este apartado nos planteamos la cuestión de cómo puede la legitimidad de las normas, relevante para la culpabilidad, desembocar en su legalidad. El punto inicial de una respuesta es aceptar que no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales *a priori* para legitimar las normas que regulan el comportamiento.[69] De ahí que la legitimidad solamente pueda ser deducida de la autonomía de los partícipes en el proceso de integración social. Con ello se acepta, al mismo tiempo, que el individuo no puede ser subordinado como medio para la obtención de fines heterónomos –como, por ejemplo, a la voluntad de terceros, a una orientación objetivada del bien común o a la utilidad del sistema.

Centrar la legitimidad en la autonomía no lleva consigo el retorno a una legislación racional subjetivista. Se parte de que la misión del Derecho es realizar la integración social y, ciertamente, no de cualquier manera, sino correctamente; esto es, teniendo en cuenta los intereses de todos los afectados, pues una determinación de la coordinación de la acción conforme a la razón individual no entra aquí en consideración.[70] Con esto no se discute, por ejemplo, que la libertad de

68. De esto también se deduce que la estabilidad de la norma es un concepto cuantitativo cuya organización jurídico-penal específica sólo puede conseguirse normativamente.

69. Cfr., también, *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1972, p. 12 y s.; la posición contraria vehementemente sostenida por *Naucke*, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 483 y ss.

70. Breve y contundente *Günther*, KJ 1992, p. 178, 193 y s. Muestra *Fletcher*, Loyalität, 1994, p. 8, que un liberalismo racional puede encontrarse en conflicto con representaciones religiosas o éticas en virtud de la (posible) incompatibilidad de la moral universalista y la representación de una alianza entre Dios y el pueblo judío.

Ego y la de *Alter* estén dispuestas en una relación recíproca, sino solamente que la determinación de estas relaciones –esto es, la determinación de los límites– pueda estar confiada a los raciocinios individuales. Puesto que estos raciocinios no tienen por qué coincidir perfectamente,[71] sucede que, si la razón individual tiene la última palabra, no ha de llegarse a ningún límite consensuado de las libertades y así, si *Ego* es el más poderoso, *Alter* es determinado, heterónomamente.[72] El límite en formación que es correcto para ambas partes sólo puede ser obtenido mediante la comprensión comunicativa. Esta comprensión comunicativa debe basarse en la lealtad, en el sentido de corresponsabilidad solidaria en la consecusión de la comprensión comunicativa, sin que la libertad del individuo esté desplazada en favor de virtuosas obligaciones patrióticas. Por eso, se procura un modelo que vincule la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de libertad.

El concepto fundamental de la coordinación de la acción orientada a la comprensión comunicativa es la *autonomía comunicativa* del individuo (*kommunikative Autonomie*). Esta autonomía es la capacidad recíprocamente atribuida y la legitimación para poder o deber tomar parte en pretensiones de validez como un participante libre e igual en la comunicación orientada a la comprensión.[73]

En la comprensión comunicativa de las normas –que son coordinaciones de la acción, válidas en general, y previstas para ser duraderas– cada participante

71. Cfr., también, *Zaczyk*, ARSP – cuaderno 56 (1994), p. 105, 120: "Dónde discurre la línea entre mi esfera jurídica y la de los demás, no soy capaz de precisarlo válidamente para los demás". Forman parte de las causas, por ejemplo, las "cargas de la razón" mostradas por *Rawls*; cfr., *el mismo*, Die Idee des politische Liberalismus, p. 336 y ss; cfr., también, *Geis*, JZ 1995, p. 324, 329 y s.

72. En la teoría se elude el problema, puesto que el teórico desarrolla ahistórica y especulativamente un modelo, de cómo y en qué se ponen de acuerdo los seres racionales por medio de la razón (¿razón de quién?); por ejemplo *Wolff*, ZStW 97 (1985), p. 786, 814 y ss. El proceso global de la integración social –incluyendo la racionalidad subjetiva e intersubjetiva que se forma en ese mismo proceso– queda apartado. Precisamente en contra *Zippelius*, Recht un Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 1994, p. 72: "El Derecho, que ha de delimitar recíprocamente y de forma externa las libertades de los hombres, no puede entenderse como un esquema para la plena coexistencia de la autonomía moral-individual".

73. Cfr., también, *Günther*, en: *Koller* et al. (ed.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP-cuaderno 51 (1991), p. 58 y ss.

desempeña un doble papel. Por un lado, es autor de la norma y, por otro, se constituye, al mismo tiempo, en destinatario de la norma, la cual le asigna su ámbito de libre actuación. Como alguien que fija normas, el partícipe posee autonomía pública (*öffentliche Autonomie*). Como alguien a quien le está asignado, por medio de la comprensión comunicativa, los ámbitos libres de actuación, le corresponde, frente a ello, una autonomía privada (*private Autonomie*); sólo él determina cómo se beneficia de su ámbito libre de actuación. Así vistas, la autonomía pública y la autonomía privada son solamente dos partes de la autonomía comunicativa que se tiene en la comprensión comunicativa para las coordinaciones de la acción.

Para el modelo de la comprensión comunicativa cooperativa por medio de la autonomía comunicativa es imprescindible una determinada medida de lealtad que contenga la disposición general de admitir el posible parecer de los afectados por una pretensión de validez sostenida. Sin esta mínima solidaridad no puede conseguirse la comprensión comunicativa. Este presupuesto imprescindible para la coordinación de la acción orientada a la comprensión comunicativa es denominado *lealtad comunicativa* (*kommunikative Loyalität*).

La parte discursiva del modelo que hasta ahora hemos esbozado lleva claramente rasgos comunicativos; se trata de hacer posible una libertad común a través de la cooperación. La esencia de esta libertad –si se quiere, positiva– es, según el teórico del comunitarismo *Taylor*,[74] "la participación en el autogobierno", y esta participación "es entendida como capacidad para tomar parte, al menos de vez en cuando, en la formación de un consenso dominante, con el que puede identificarse en unión con los demás". En este sentido, se exige "de nosotros como ciudadanos –así *Taylor*– una fidelidad y un cuidado comunes para determinadas instituciones históricas como bastión común de nuestra libertad y dignidad".

Sin embargo, aún hay que apreciar otro elemento del modelo cuando las coordinaciones de la acción se encuentran expresadas juridicamente. En este

74. *Charles Taylor*, en: *Honneth* (ed.), Kommunitarismus, 1993, p. 126 y s.

caso, la autonomía –tanto pública como privada– está juridizada. Los partícipes toman parte en la comprensión comunicativa a través de derechos, y se ponen de acuerdo simultáneamente sobre el Derecho y, en especial nuevamente, sobre los derechos subjetivos.[75]

El derecho subjetivo, como tal, no es deducible de la racionalidad intersubjetiva del discurso, precisamente porque el derecho subjetivo implica libertad negativa: los derechos subjetivos son también, particularmente como derechos humanos, derechos de rechazo. Ellos permiten participar, pero también rehusarse o, lo que es lo mismo, distanciarse de la racionalidad intersubjetiva; un derecho negativo de la libertad es también un derecho a la irracionalidad.[76] En este sentido, un elemento disociativo –o en palabras de *Hegel* un momento de discordia[77]– pasa a formar parte de la integración social que necesita de la cooperación racional. La sociedad establecida democráticamente, que se constituye por medio del discurso jurídico y se reproduce continuamente, parece que, hasta cierto punto, tiene que soportar sobre sí la carga explosiva de su atomización y de su resquebrajamiento.

Sin embargo, los derechos negativos de la libertad se pueden interpretar sin reducciones materiales, como sobre todo ha mostrado *Klaus Günther*,[78] de manera que sean compatibles con el modelo de la comprensión comunicativa expresada jurídicamente. Los derechos subjetivos tienen bajo el aspecto de la autonomía comunicativa dos partes. En una, el titular puede en el marco de su derecho hacer y dejar de hacer instrumentalmente lo que quiera. Es eximido, en cuanto que él se mueve dentro de su derecho, de la lealtad comunicativa: no debe averiguar u observar el parecer de los demás. Esta parte del derecho subjetivo es la del *ámbito*

75. Sobre el común origen de la autonomía privada y pública cfr. *Günther*. KJ 1994, p. 470; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, p. 109 y ss. Criticamente sobre esto *Blanke*, KJ 1994, p. 439, 455 y ss; *Köhler*, Rechtsphilosophische Hefte 1994, p. 133 y ss; *Kupka*, KJ 1994, p. 461.

76. Cfr. *Wellmer*, Endspiele: Die unversöhnliche Moderne, 1993, p. 39, 47.

77. *Hegel*, Grundlinien del Philosophie des Rechts, ed. por *Moldenhauer* et al., 1986, § 184 (p. 340).

78. *Günther*, KJ 1994, p. 470.

de libertad comunicativa (*kommunicative Freiraum*). En la otra, el hacer valer un derecho implica el consenso de los afectados por la acción respectiva. Puesto que el derecho subjetivo resulta del referéndum normativo con los demás, es pues una compresión comunicativa sumada. Con ello, el hacer valer un derecho subjetivo excluye la lesión de la autonomía comunicativa de otros.[79] En este sentido, se puede definir al derecho subjetivo como consenso previo al ejercicio de la libertad instrumental.[80] Esta consideración vale, de igual modo, para los derechos subjetivos privados y públicos que únicamente aluden a distintos ámbitos del objeto. Además, está claro que en virtud de la autonomía comunicativa también pueden ser transmitidas competencias a instituciones supra-individuales o, en cualquier caso, colectivas.

Con el abandono del ámbito de libertad –que es coordinado mediante el derecho subjetivo– resurge nuevamente el vínculo de la lealtad comunicativa. El abandono del ámbito de libertad solamente no es desleal cuando se realiza por medio de la comprensión comunicativa; el principio "volenti non fit iniuria" tiene aquí aplicación. Por el contrario, el sujeto que sólo actúa abandona instrumentalmente su ámbito de libertad y lesiona la autonomía comunicativa del o de los afectados, máxime si viola derechos de terceros. La infracción de la norma –el abandono ilegal del propio ámbito de libertad comunicativa– lesiona la autonomía comunicativa de los demás en dos sentidos distintos. En uno, la obediencia a la norma por parte de todos es condición necesaria para la aceptación de la norma. Esta situación es la condición general de racionalidad de las normas, pues sólo bajo el supuesto que *Ego* y *Alter* obedezcan también la norma, puede cada uno estar de acuerdo con la norma. En el otro, la infracción de la norma lesiona la posibilidad de que los afectados por dicha infracción acepten el comportamiento en cuestión. La infracción de la norma instrumentaliza a los demás mediante la ruptura y el rechazo de la

79. La posibilidad del abuso de un derecho subjetivo no es, de este modo, excluído por de contado.

80. Cfr., sobre esto también, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, p. 112, apoyandose en *von Savigny*.

comunicación; la infracción de la norma niega, por tanto, la integración social realizable sin violencia a través de la comprensión comunicativa leal.

3.2 Legitimación democrática

Ahora bien, ¿cómo funciona este modelo de comprensión comunicativa leal en el establecimiento democrático de las normas de conducta? El proceso democrático del establecimiento de la norma no tiene que producir necesariamente un resultado justo, ni darse por terminado después de una decisión.[81] La racionalidad de la norma es provisional y, en principio, falible. La democracia solamente puede establecer los presupuestos para una comprensión comunicativa que considere los intereses, pero no proporcionar compromisos definitivamente vinculantes. Con esto, interpreto la democracia no sólo como soberanía del pueblo, sino también, y exactamente, como dominio del Derecho. Esto significa que la integración social mediante la comprensión comunicativa democrática es un proceso abierto de formación de la opinión,[82] en el que solamente hay posiciones que navegan. En palabras de *Martin Kriele*:[83] "Todo está en evolución. También la tesis más firme reforma su función por la evolución del entorno. ... Nadie puede decir que su parecer sea absolutamente racional. Solamente hay grados de sostenimiento (*Vertretbarkeit*) y plausibilidad (*Plausibilität*). Por ello, no hay otra medida que la del consenso más amplio

81. Sobre la relación entre discurso y democracia –de forma crítica, pero también muy clarificadora– *Scheit*, Wahrheit, Diskurs, Demokratie, 1987, p. 370 y ss.

82. Ciertamente, los principios morales mismos son, en la evolución jurídica occidental, considerablemente constantes. La modernización resulta del atribuir críticas variadas al correspondiente hecho-base relevante; sobre todo, se reforma la valoración de aquello que es igual o desigual. Así es, por ejemplo, el modo de considerar, en las últimas decadas, a la homosexualidad, al rol social de las mujeres y a la educación de los niños. Pero no para una transformación de los principios morales, sino para volver a revisar la admisión de los hechos; por ejemplo, en el reconocimiento del error de poder hacer hombres de bien a través del castigo corporal. Cfr., también, *Wellmer*, Ethik und Dialog, 1986, p. 122 y ss.

83. VVdStRL 29 (1971), p. 46, 53.

y duradero posible". Así, la legitimidad de la norma en el procedimiento democrático resulta de su depuración mediante el "challenge and answer", siempre, claro está, con el trasfondo de la estimación empírica de la evolución jurídica. La Constitución es la piedra angular de esta estimación empírica de la integración social justa de intereses.

Ahora bien, para no ser mal entendido: no abogo por una simple sustitución de los criterios jurídicos de legitimación por puras decisiones de la mayoría. El punto inicial es, mas bien, la consideración de que las normas son válidas en su contenido, si los afectados pueden comprenderlas. Sin embargo, este criterio de validez no puede –paralelamente al problema de la inducción en las ciencias naturales– quedar limitado por nuestros horizontes de acción y de experiencia. En este sentido, toda norma es falible y debemos esforzarnos por falsearla, de manera que busquemos casos en los cuales ella no comprenda los intereses de los posibles afectados; institucionalizar esto es, en concreto, objeto de la oposición parlamentaria, pero también, informalmente, tarea de la Ciencia del Derecho y de los Medios de comunicación. Cuanto más inútilmente discurra la búsqueda, tanto más se presume que la norma es suceptible de consenso general; esto es aplicable, por ejemplo, para el nucleo estable de las normas jurídico-penales de conducta– por ejemplo el homicidio o la violación.[84]

No obstante, puede decirse que, en cuanto el proceso de establecimiento de la norma trascurre jurídicamente –derecho de voto, mandato libre, etc.–, el titular tiene libertades instrumentales y no *tiene* que actuar orientado a la comprensión comunicativa. Esta es la vida parlamentaria cotidiana. Ciertamente, podemos exigir a los parlamentarios y, con ello, a la mayoría, que, además, argumenten para

84. Dado que estas normas son constitutivas de nuestra forma de vida, lo referente a su validez, se apoya en un consenso de fondo –por lo general no puesto en tela de juicio–, que a su vez lleva a que se les reconozca un pretigio "jurídico-natural", que, en cualquier caso, parece casi excluir un error de prohibición.

llegar al consenso, pero no podemos pedirles una motivación correcta, pues aquí también el mandato de neutralidad tiene vigencia irrestrictamente. La posibilidad de una dictadura de la mayoría, que es una situación de importancia general y estructuralmente no disipada del todo –esto es, inmanente al Derecho–, sólo puede restringirse jurídicamente: mediante enunciados jurídicos fundamentales de la Constitución que estén protegidos contra las inestabilidades políticas de la opinión pública, mediante derechos que posibiliten la protección de la personalidad y las minorías, mediante reglas procesales y reglas del "fair play", mediante derechos y deberes fundamentales, mediante la distancia institucionalizada del rol de los titulares de la decisión, mediante la aplicación y el perfeccionamiento jurídico de la justicia y su ejecución, etc. Esto es lo que pienso de una democracia bajo el dominio el Derecho.[85] Brevemente: el Derecho puede garantizar su racionalidad sólo de forma jurídica; esto es, bajo una diferenciación –lo más amplia posible– de la autonomía comunicativa en los ámbitos libres autónomos privados y públicos, en los derechos coactivos y contraderechos de control, en la representación conforme a la realidad y en el proceso argumentativo de la elaboración de la decisión.

Un concepto de consenso afín a lo anterior, requiere todavía de una aclaración. A *groso modo*, se pueden distinguir en las comprensiones comunicativas tres formas de consenso:[86] un denominado *consenso de fondo* que es el presupuesto de la comprensión comunicativa, el cual se refiere a la forma común de vida, a las convicciones y valoraciones comunes, y, sobre todo, al lenguaje común; este consenso no es puesto en tela de juicio.[87] Una situación ideal es que el discurso, para el consenso, pueda llevar no sólo a que los partícipes se pongan de acuerdo en un resultado común, sino que también estén conformes con las razones que

85. Cfr., también, *Zippelius* (nota 66), p. 67 y ss, 110 y ss.

86. Respecto a la terminología cfr. *Giegel*, en: *el mismo* (ed.), Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften, 1992, p. 7, 9.

87. Cfr. sobre el consenso pragmático de la comprensión comunicativa *Wellmer*, en: *Giegel* (ed.), Kommunikation und Konsens in modernen Gesellchaften, 1992, p. 18 y ss.

conducen a este resultado. Sin embargo, un *consenso de la argumentación*, como tal, no es necesario para el modelo, aquí sostenido, de la coordinación jurídica de la acción orientada a la comprensión comunicativa; basta que los partícipes alcancen un *consenso del resultado*, de manera que acepten el resultado sin que compartan también, para ello, las razones ofrecidas. Un consenso del resultado, en este sentido, es concretamente el compromiso.

Ahora bien, ha quedado claro que el Derecho legitimado democráticamente debe ser neutral frente a los motivos de obediencia de sus normas al menos por dos consideraciones: tiene que renunciar a normar los motivos no sólo por falta de coercibilidad empírica, sino también –a causa de la falibilidad de la norma– por una falta de fuerza racional obligatoria de convicción en la argumentación. Una norma establecida democráticamente no puede presentarse con pretensiones de demostrable infalibilidad. Por consiguiente, la culpabilidad jurídica no puede implicar un reproche de ceguedad moral-racional o tal vez de maldad.

3.3 Criterios de la culpabilidad material

Ahora bien, ¿es posible, después de todo, la culpabilidad material, considerando la falta de seguridad respecto de la infalibilidad de la norma infringida (legitimada democráticamente)? La respuesta será negativa si la culpabilidad material alude a la razón individual o a la adhesión a la comunidad, pues tanto la razón individual como la virtud no son constitutivos del Derecho, al que la culpabilidad, como culpabilidad jurídica, se remita. La respuesta será, por el contrario, afirmativa si la culpabilidad material alude a constitutivos jurídicos como la autonomía comunicativa y la lealtad comunicativa, pues la infracción de una norma establecida democráticamente lesiona la autonomía comunicativa no menos que la infracción de una norma absolutamente válida. Con un anclaje del Derecho en la autonomía comunicativa, el Derecho legal no es un reflejo más o menos deformado de un Derecho supra-positivo infalible, del cual se deriva su

corrección, sino que es un Derecho existente y, al mismo tiempo, correcto según el *status quo* de la comprensión comunicativa discursiva. No hay un Derecho previo a la comprensión comunicativa que, en cierto modo, tan sólo fuere ratificado, sino que el Derecho es simplemente establecido por medio de la comprensión comunicativa. Seguramente, el Derecho puede ser "mejorado", pero sólo a través de la comprensión comunicativa. Esto significa que el ámbito libre de consenso del derecho subjetivo depende de la comprensión comunicativa, en la misma medida que ella produzca *de facto* buen resultado.

Así pues, aun cuando el ámbito libre de actuación del individuo es fijado exclusivamente por normas provisionalmente racionales, éste sólo puede ser modificado legítimamente por medio de la comprensión comunicativa leal. Con la infracción de la norma, el autor niega la comprensión comunicativa en el que se basa la norma y, también, la autonomía comunicativa de los partícipes, con independencia de si el autor considera –por las razones que fuere– que la norma es irracional o injusta. No es su racionalidad, sino la lealtad comunicativa frente a la autonomía de los demás, lo que vincula al autor con la norma. Es evidente que una lealtad comunicativa así circunscrita, basada en el efecto legitimante del compromiso que produce las normas democráticas, es una fidelidad al Derecho. En un Estado democrático de Derecho, culpabilidad es, aunque formulado de manera completamente genérica, una acción que expresa una falta de fidelidad al Derecho –esto es, un déficit en la lealtad comunicativa que hace en general posible la comprensión comunicativa expresada jurídicamente. Un concepto de culpabilidad así entendido implica sin duda también un *vis a tergo* que reduce la culpabilidad: una socialización del autor en la que no se manifestó suficientemente el actuar orientado a la comprensión comunicativa.

Por lo demás, bajo estos presupuestos, los defectos de las capacidades comunicativas son excluyentes de culpabilidad, en tanto produzcan circunstancias disculpantes bajo las cuales la lealtad frente a cualquier otro no pueda esperarse.

Un ejemplo de ello es el estado de necesidad disculpante. Así, también, se puede explicar la regulación excepcional del § 35 inc. 1 parr. 2 del Código penal (StGB): aquí, ni se trata de una especial afectabilidad psíquica de grupos de personas,[88] ni de una necesidad preventiva de castigo.[89] En estos supuestos del estado de necesidad no se espera, por el contrario, una general fidelidad al Derecho, pues las lealtades específicas son consideradas en principio como prioritarias.[90] De esta manera, quien pone en claro, por ejemplo, mediante la adopción de determinados oficios, que está dispuesto a responder ante todos en una medida especial –esto es, no sólo ofrece a todos una solidaridad mínima, sino una específica lealtad–, no puede luego invocar, en una situación de necesidad, que esté obligado, frente a un tercero en situación de necesidad, sólo a una solidaridad de rango inferior. Lo mismo vale para aquel que con la causación de peligro, en lugar de la general fidelidad al Derecho, se le atribuye la lealtad específica de un garante frente a personas puestas en peligro por él.

Puede que aún esté sin responder la pregunta de con qué fundamentación el individuo puede ser comprometido a la fidelidad al Derecho: dado que el Derecho sólo puede cumplir su tarea de integración social no violenta por medio de la comprensión comunicativa, la prohibición del desprecio desleal de la autonomía comunicativa de los demás es la –falible– norma fundante del Derecho. Esta norma fundante no puede ser demostrada mediante una fundamentación última absoluta o un raciocinio subjetivo; ella se justifica jurídicamente a si misma como parte de nuestra forma de vida. Lealtad es una práctica fundamental de esta forma de vida, que está presupuesta recípromente de manera incidental en toda comprensión comunicativa de los partícipes. En este sentido, lealtad comunicativa es un concepto indispensable del sujeto de

88. Así por ejemplo *Hirsch*, ZStW 106 (1994), p. 746, 756 y s.

89. Así por ejemplo *Roxin*, Allg. Teil, 2. ed., 1994, § 19 n.m. 3.

90. Similarmente, aunque sin esta especificación, habla *Jescheck*, en: LK, ante §13 n.m. 72, de la expectativa de un alto grado de fidelidad al Derecho.

derecho. Frente a esta norma fundante del Derecho rige, igualmente, el mandato de neutralidad. Nadie es forzado jurídicamente a obedecer las normas jurídicas por consideración a la autonomía comunicativa de otros. Solamente que no se puede conceder un derecho a lesionar deslealmente la autonomía comunicativa de otros. La fidelidad al Derecho no es exigida positivamente, solamente se desaprueba –mediante el reproche de culpabilidad– su ausencia, que se manifiesta en la infracción a la norma.[91] Con ello, al mismo tiempo, parece claro de entender por qué la verificación de la culpabilidad material no puede ser un paso explícito de la imputación dogmática: la imputación de la culpabilidad no es nada más que la negación por ámbitos –esto es, referida a la infracción de la norma– de la fidelidad al Derecho subyacente de manera general.

3.4 Protección de bienes jurídicos

Las consideraciones hasta ahora realizadas necesitan todavía de algunas modificaciones desde el punto de vista del Derecho penal; ellas, hasta ahora, se han referido sólo de forma genérica a las normas legitimadas democráticamente, sin tener en cuenta las particularidades jurídico-penales. Sin embargo, todavía tiene que darse una relación entre el fin de protección de la norma vulnerada y el reproche de culpabilidad que fundamenta la pena. De la interpretación de la culpabilidad jurídico-penal como déficit de lealtad comunicativa se evidencia que la tarea del Derecho penal es la protección de las condiciones elementales de la integración social orientada a la comprensión comunicativa y, por ello, no violenta.[92] El injusto jurídico-penal trata, por lo tanto, del menoscabo de las

91. La lealtad no es exigida pues –contrario a las objeciones de *Schreiber* y *Hirsch* en la discusión–, en ningún caso, como cumplimiento positivo de los individuos.

92. La creciente reacción contra los actos de violencia terrorista, se puede explicar –junto con *Hassemer*, en: *Baumgartner* et al. (ed.), Schuld und Verantwortung, 1983, p. 89, 99– debido a que el terrorista sostiene fehacientemente que en realidad persigue más que el ostensible robo de un banco (por ejemplo) la destrucción del ordenamiento estatal y jurídico; y esto es una comprensión comunicativa a negar totalmente.

condiciones bajo las cuales pueden ser coordinadas las acciones conforme a una orientación a la comprensión comunicativa.[93]

Los bienes jurídicos pueden ser definidos a la luz de la autonomía comunicativa y, en concreto, como ciertas cualidades de personas, cosas o instituciones que aseguran, o en todo caso, hacen posible la participación libre e igual en el comprensión comunicativa normativa.[94] Dentro de esta protección está también comprendida la esfera privada que determina el ámbito que puede ser objeto de comunicación sólo con el consentimiento del titular. Debido a que la comprensión comunicativa normativa jurídico-penalmente relevante es formada juridicamente, los bienes jurídicos son, al mismo tiempo, objeto de derechos. En el ámbito individual éstos son derechos subjetivos –sobre todo absolutos–. Sin embargo, en tanto que también es garantizado juridico-penalmente la salvaguardia orientada a la comprensión comunicativa de intereses representados supra-individualmente –por ejemplo la administración de justicia o la administración pública–, los ámbitos de protección son delimitados por medio de derechos y obligaciones.[95]

En la medida en que el Derecho no constituye necesariamente por sí mismo los bienes, también entran en consideración como bienes las cualidades (naturales) "prioritarias", como la salud o la vida. Pero ellas solamente son protegidas si son objeto de derechos, por lo cual el respectivo derecho subjetivo

93. En mi opinión, desde este punto de partida se puede fundamentar criterios –que sienten en falta *Müller-Dietz* y *Schünemann* en la discusión– para un ámbito justificado de aplicación del Derecho penal.

94. Por ejemplo para documentos jurídico-negociales, *Zaczyk* en: *Lüderssen* et al. (ed.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip, 1990, p. 113, 125 y s.

95. Este punto de partida ciertamente obliga, por ello, a reducir bienes jurídicos nebulosos –como la rectitud del desempeño de un cargo o la funcionalidad del régimen de créditos– a los contenidos de la respectiva regulación jurídica que deben ser protegidos; cfr. en esta medida, *Kindhäuser*, Madrid-Symposium, p. 125, 127 y ss. Si –y, si se diera el caso, en qué medida– los bienes del Derecho penal medioambiental se encuadran en esta concepción, no se dede decidir aquí; sobre la problemática cfr. *Kindhäuser*, Festschrift für Helmrich, 1994, p. 967.

es, a la vez, determinante para el contenido y los límites de la protección. La distribución de los ámbitos de responsabilidad o el consentimiento jurídicamente justificado, son ilustraciones ejemplares[96] de que el Derecho penal no protege contra la injerencia en los bienes como tales, sino que solamente protege contra la lesión de derechos sobre éstos.[97] Lo expresado se puede explicar, sin la menor dificultad, por medio del ámbito esencial de los bienes individuales. No constituye el injusto la lesión corporal como tal, sino el menoscabo de la integridad corporal, despreciando el asentimiento del afectado. Así pues, el injusto es cometido cuando es lesionado el derecho del afectado a la salvaguardia de su integridad corporal.

Esta definición de bienes jurídicos se puede adaptar a los criterios ya mostrados de la culpabilidad material: si la culpabilidad material es la falta de lealtad frente a la autonomía comunicativa de los demás, entonces esta insuficiencia se evidencia en la infracción de una norma jurídico-penal que protege los presupuestos de la autonomía comunicativa.

4. ¿Instrumentalización del culpable?

Para la respuesta a la cuestión de si el autor es instrumentalizado mediante la atribución de la culpabilidad jurídico-penal, puede recurrirse a la fundamental dicotomía de acción orientada al resultado y de acción orientada a la comprensión comunicativa. La advertencia tiene sustento, sobre todo, para la provocativa tesis del concepto funcional de culpabilidad –culpabilidad que es un derivado del fin de la pena en el sentido de prevención general positiva[98]–, pues una funcional y, aún, normativa interpretación de la culpabilidad conduce, por

96. Un ejemplo de bienes supra-individuales: en los delitos relativos a la prestación de testimonio (*Aussagedelikten*), el ámbito de protección es determinado mediante el objeto del delito, el que alude al deber de veracidad del testigo.

97. Que no necesariamente deben ser judicialmente reclamables por los individuos; sobre esto fundamentalmente *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, p. 144 y ss, y passim.

98. Cfr., solamente, *Jakobs*, Allg. Teil, 2 ed., 1991, p. 17-18 y ss.

lo general, a una instrumentalización del autor.[99] En mi opinión, un concepto discursivo de culpabilidad ofrece, en cambio, precisamente la posibilidad de preservar la herencia de protección de la personalidad de la teoría clásica de la retribución, sin, por un lado, adoptar por ello implicaciones metafísicas, ni, por el otro, excluir *a priori* una conveniente prevención. El punto de partida es, en todo caso, que también las normas de sanción que fijan penas –y, con ello, el instituto de la pena misma– no tienen otro fundamento de legitimación que el de ser un producto propio de la comprensión comunicativa expresada jurídicamente.

Dado que para mí, en la reconstrucción del concepto de culpabilidad, hay que considerar primeramente la perspectiva de los participantes, la respuesta a la pregunta de la instrumentalización del autor depende de cómo se trata al autor desde la perspectiva interna de la imputación de culpabilidad: si la culpabilidad le es atribuida con una orientación a la comprensión comunicativa o, por el contrario, estratégicamente –es decir, para la obtención de un determinado resultado–.

Una de las pocas propuestas para una interpretación del reproche penal de culpabilidad libre de fin, es ofrecida en la actual discusión por los partidarios de una teoría idealista de la retribución,[100] y puede simplificarse así: el autor niega el Derecho mediante la infracción de la norma, y esta negación con pretensiones de validez *debe* ser negada, a su vez, mediante la pena, pues es racionalmente necesario;[101] el delito como mala voluntad existente es, a su vez, anulado, en su aspecto de

99. Por ejemplo *Bock*, ZStW 103 (1991), p. 636; *Otto*, GA 1981, p. 481; *Stübinger*, KJ 1993, p. 33; cfr., en contra *Freund*, Erfolsdelikt und Unterlassen, 1992, p. 85 y ss.; *Luzón*, GA 1984, p. 393, 396 y ss; *Neumann*, ZStW 99 (1987), p. 567, 587 y ss.

100. Sobre la relación histórica de las ideas entre el Talión y retribución, por un lado, y Talión y prevención, por el otro, cfr. *Ebert*, en: *Jung* et al. (ed.), Recht und Moral, 1991, p. 249 y ss.

101. Cfr., también, *Hegel* (nota 71), § 99: "La existencia positiva de la lesión está sólo como la voluntad especial del delicuente. La lesión de ésta como voluntad existente es pues la anulación del delito –que de lo contrario tendría validez– y el reestablecimiento del Derecho".

generalización, por medio de la pena.[102] En esta propuesta, en primer lugar, aparece de forma poca clara la supuesta necesidad racional del nexo entre infracción de la norma y la pena: una lesión jurídica puede también ser compensada mediante la reparación.[103] Sin embargo, incluso aunque se tome al pie de la letra el punto de partida idealista y se parta de una mala voluntad existente en el delito, que sobrevive al hecho punible, en mi opinión continúa incomprensible el por qué y el cómo esta mala voluntad puede ser recompuesta mediante la pena o la vigencia del Derecho restituída nuevamente mediante un acto de reconocimiento. Solamente el autor puede modificar por sí mismo[104] su voluntad, y solamente el autor por sí mismo puede reconocer del Derecho por él negado.[105] Esta situación hace precisamente que el Derecho, desde el punto de vista del mandato de neutralidad, deba dejar esto a la discreción del autor mismo.

Con el reproche penal de culpabilidad, ni es restituida la infracción fáctica de la norma, ni la idealidad lesionada de la norma es subsanada. Esto último es

102. *Köhler*, Der Begriff des Strafe, 1986, p. 50 y s.; similarmente, *el mismo*, Über den Zusammenhag von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, p. 38: "Si una recíproca relación de igualdad jurídica ha de seguir existiendo, la contradicción de validez –objetivada en el hecho delictivo– necesita pues del derecho de anulación. Cfr., también, *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 187 y s, así como la exhaustiva interpretación de *Seelmann* a la teoría de la pena de *Hegel*, JuS 1979, p. 687, 690.

103. Cfr., en contra, la fundamentación de *Köhler* con vista a *Hegel*: "Por eso, la indemnización no puede satisfacer, en principio, al Derecho penal, puesto que a ella solamente le concierne el aspecto de lo particular, y no la cualidad del delito que reside en lo lesivamente general" (ARSP 1989, p. 265, 267). ¿Pero por qué tampoco lo lesivamente general no ha de poder ser objeto de una reparación (simbólica)?

104. Con esto, el autor no debería entenderse como sujeto empírico, sino que solamente debería ser honrado como ser racional. La pregunta se ubica entonces en por qué la pena correspondiente, por lo general, debe ajustarse a los presupuestos empíricos del reproche de culpabilidad (motivo del hecho, socialización, etc).

105. Además, tampoco se percibe, hasta qué punto, la mala voluntad del delincuente se presenta con la pretensión de generalizable. La tesis de que el autor pretendió con su hecho que lo que él haga debe ser hecho por todos, difícilmente puede ser formulada. En general, el ladrón no quiere robarse a sí mismo y el homicida matarse a sí mismo. De esta manera, la irracionalidad del autor puede consistir en todo caso en que él hace algo que *no* quiere, o puede no querer, que todos lo hagan; este es precisamente el *quid* en el "Trittbrettfahren".

llevado a cabo declarativamente por la sentencia de ilegalidad, y por tanto no necesita de ninguna homeopatía metafísica. Más bien, lo que tiene que utilizarse es la *defraudación sentimental* producida por la infracción de la norma.[106] Con ello, no pienso, por ejemplo, que la pena en su configuración actual sea una forma de venganza, sino que quisiera señalar la paradoja de que reconocemos al autor, precisamente mediante el reproche de culpabilidad, como participante en la interacción orientada a la comprensión comunicativa. Para que una persona pueda, en general, reprochar una lesión de otro, debe realizar previamente un intercambio de perspectivas: sólo si el lesionado parte del supuesto de que él en el lugar de autor hubiese omitido la lesión de la lealtad, puede tomar a mal al autor del hecho que manifesta la falta de lealtad. La negación de la fidelidad al Derecho –expresado en la imputación de la culpabilidad– parte de la suposición de que la infracción a la norma fue cometida por un sujeto de derecho definido con base en la lealtad y, por ello, obligado a una comprensión comunicativa no violenta. No puede tratarse, pues, de compensar el mal hecho con el mal de la pena de cualquier manera; esto sería solamente una adición de males y, por consiguiente, falto de sentido desde el punto de vista de la integración social. El reproche de culpabilidad es, mas bien, una posibilidad de reaccionar ante el mal del hecho delictivo, no mediante una consideración objetivizada del autor, sino bajo el mismo modo de proceder orientado a la comprensión comunicativa.[107] El correspondiente reproche de culpabilidad es exonerado de la metafísica de la negación que, más bien, le desacredita, pues se muestra que su hondo sentido "de tradición europea" se debe no a que tiene que

106. Fundamental, *Strawson*, en: *Pothast* (ed.), Seminar: Freies Handeln und Determinismus, 2 ed., 1988, p. 201 y ss; sobre esto, también, *Günther*, en: *Jung* et al. (ed.), Recht und Moral, 1991, p. 212 y ss.; *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, p. 142 y ss.; *Muñoz Conde*, GA, 1978, p. 65, 73 y s; en parte criticamente, *Steinvorth*, Freiheitstheorien in der Philosophie del Neuzeit, 1987, p. 250 y ss.; cfr., desde un punto de vista empírico, *Dux*, Der Täter hinter dem Tun, 1988, p. 51 y ss.

107. De modo similar, *Günther* (nota 100), p. 205, 211 y ss.; cfr., también, sobre el significado de la atribución de la responsabilidad para la integración social *van der Ven*, en: Baumgartner et al. (ed.) Schuld und Verantwortung, 1983, p. 31, 35 y s.

tratar objetivamente al autor –como objeto del Derecho de cosas[108]– a pesar de la deslealtad por él evidenciada, sino a poder contemplarlo, aun después de todo, como sujeto de derecho que es leal y capaz de imputación.

Ciertamente, la pena se mueve también en el plano instrumental de la fuerza del Derecho que asegura la facticidad del mismo. Los sucesos solamente pueden interpretarse –como en la infracción a la norma– a la luz del plano legitimador que se orienta a la comprensión comunicativa. El reproche de la culpabilidad material contiene la reprobación por la falta de lealtad a la autonomía comunicativa de las partes de la interacción. Este reproche de culpabilidad no se dirige al autor objetivamente en tercera persona, hasta cierto punto como factor de perturbación de la integración social, sino exactamente como participante en la comprensión comunicativa normativa. La autonomía comunicativa del autor es puesta a salvo; le es propuesto aceptar el mal de la pena como reacción simbólica frente a la defraudación producida por la deslealtad de su comportamiento y darse cuenta de su hecho mediante las perspectivas de los demás.

Sin embargo, hay que considerar nuevamente el mandato de neutralidad del Derecho frente a la orientación de sus manifestaciones normativas. Si el autor quiere aceptar el reproche penal de la culpabilidad en este sentido, le es discrecional lo mismo que el motivo por el cual él obedece la norma.[109] El reproche de culpabilidad y la pena sólo deben poseer la cualidad de permitir al autor aceptarlas por su

108. Cfr. *Kant* (nota 2), § 49, Allgemeine Anmerkung E (p. 453).

109. Los argumentos contra el liberalismo racionalista cobran aquí nuevamente vigencia bajo signos inversos: según *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 50 y ss., la pena como negación de la negación pretende que el autor "(añado deba) fijarse y comprenderse en un proceso de autodeterminación no puramente teórico, sino práctico-concreto, como ser (potencialmente) racional, que en el caso concreto ha actuado según máximas contrarias a la razón" (que niega autocontradictoriamente la generalización). Exigir una tal realización de la comprensión comunicativa contradice el mandato de neutralidad del Derecho penal por el hecho de que el Derecho penal no está legitimado para calificar moralmente al hecho delictivo como autonegación de un sujeto moral-racional. Acertadamente observa *Köhler*, op. cit., p. 52, por cierto, que el raciocinio exigido no puede obternerse por la fuerza como "prestación moral autónoma".

legitimidad.[110] Esto significa que el reproche de culpabilidad debe estar justificado, y la pena debe corresponderse con la medida evidenciada de deslealtad. Para no ser mal interpretados: la imputación de la culpabilidad no presupone ningún diálogo airoso con el autor; solamente es necesario que el autor sea tratado como participante en un diálogo con derechos discursivos debidamente asegurados.[111]

El sentido mostrado de la imputación de la culpabilidad no se puede transformar en fines, ni tampoco puede ser funcionalmente explicable mediante consideraciones externas. En lo relativo a la base emocional del sentirse ofendido, la culpabilidad es necesariamente libre de fin. Yo no puedo ser malo con alguien por un fin determinado, sino solamente por una determinada razón, a saber: una defraudación. Los fines otorgan a las acciones instrumentales su sentido, pero no tienen ninguna función en reacciones que intervienen en conflictos interpersonales. El reproche jurídico-penal de culpabilidad es una reacción formalizada, un sentirse ofendido generalizado.[112] En este sentido, tampoco se puede acoplar al reproche de culpabilidad mismo finalidades de la pena.[113] No se puede reprochar a alguien por su comportamiento, sólo con fines de educación, de intimidación, etc.[114] Quien reprocha con base en determinados fines, afecta y niega con ello la autonomía comunicativa del autor del delito. Pero probablemente se puede vincular a un mal adecuado a la culpabilidad, fines de mayor trascendencia. Por ejemplo, la

110. Cfr. en esta medida también, *Arthur Kaufmann*, en: *Köpcke-Duttler* (ed.), Schuld-Strafe-Versöhnung, 1990, p. 34, 48 y ss; *Wolff*, ZStW 97 (1985), p. 821 y s.

111. Paralelamente al asunto, *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 53: La relación jurídica entre la generalidad y autor no debe ser negada por la pena.

112. En este sentido, una teoría del proceso penal tiene que corresponderse con la teoría de la culpabilidad material. Ambas materias jurídicas se pueden reconstruir como acuñaciones de una teoría amplia del Derecho penal que está referida a la integración social mediante el aseguramiento de la autonomía comunicativa.

113. Cfr., en este sentido, también, *Müller-Dietz*, Festschrift für Jescheck, 1985, p. 813, 815.

114. Así, puede fingirse estar escandalizado por una falta frente a un niño debido a fines educativos, para explicar emocionalmente la necesariedad del comportamiento adecuado a las normas. El "verdadero" tomar a mal es, por el contrario, siempre libre de fin y basado en el acatamiento recíproco.

prevención especial que no se impone al autor, sino que es ofrecida como ayuda a la socialización, no impide un reproche de la culpabilidad orientado a la comprensión comunicativa en el sentido aquí concebido.[115] Pero tampoco la prevención general necesariamente degrada al autor a un objeto; ya porque la adición de mal indica que el abandono de los espacios legales no es aceptado,[116] ya porque mediante la adición de mal se reafirma que la integración social libre de violencia sólo discurre sobre la comprensión comunicativa leal.

115. Cfr., también, *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2 ed., 1976, p. 271 y ss.; *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1972, p. 26 y s.; *el mismo.*, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1994, p. 519, 530 y s.; *Wolff*, ZStW 97 (1985), p. 823 y s.

116. Cfr., también, BVerfGE 45, p. 187, 255 y ss.

El derecho penal para las sociedades periféricas americanas: una propuesta para América del siglo XXI

José Fernando Botero Bernal

Docente-Investigador de la Universidad de Medellín. Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad de Medellín. Coordinador de la línea de Investigación en Derecho Penal del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín. Miembro y consultor del Instituto Panamericano de Política Criminal. Miembro del Instituto de Altos Estudios Criminológicos y Penales. Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Miembro del Centro Colombiano de Bioética. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Resumo: Nas sociedades da América Central e da América do Sul encontramos problemas de natureza muito diferente, que se tornam realidade viva na sociedade, exigindo uma resposta por parte do Estado. A resposta surge por meio do modelo punitivo, que deixa esses problemas suspensos no tempo sem oferecer nenhuma solução. É necessário então enunciar um direito penal a partir da perspectiva da pessoa real, do cidadão comum, em que suas categorias normativas respeitem a realidade do objeto que regulam e respondam á realidade política do Direito Penal: conter e limitar o exercício do poder punitivo, possibilitando assim, respostas por parte do estado, que prezem pelo bem da pessoa real.

Palavras chave: Direito penal – Poder punitivo – Pessoa real.

Resumen: En las sociedades del centro y sur Americanas se presentan problemas de naturaleza muy diferente, que se convierten en la realidad viva de ella, que exigen una respuesta Estatal, la cual es mediante el modelo punitivo, modelo

que suspende en el tiempo esos problemas y por lo tanto no les brinda ninguna solución. Por consiguiente se hace necesario configurar desde la personar real, el ciudadano de la calle, un Derecho Penal, cuyas categorías normativas respeten la realidad del objeto que regulan y respondan a la finalidad política del Derecho Penal: contener y limitar el ejercicio del poder punitivo, posibilitando la apertura de respuestas estatales que propendan por el bien de la persona real.

Palabras clave: Derecho penal – Poder punitivo – Persona real.

Sumario: Introducción – 1. Modelos de respuestas estatales a los problemas sociales: 1.1 Introito; 1.2 Modelo punitivo; 1.3 Modelo de reparación y/o restauración; 1.4 Colofón – 2. Nociones para comprender a la persona: 2.1 Introducción; 2.2 Posturas individualistas tradicionales y colectivistas: hacia el concepto de persona real; 2.3 El concepto de persona real – 3. Nociones para comprender a la persona: 3.1 Palabras previas; 3.2 Presupuestos normativos: teoría del delito desde la persona real – 4. Colofón – 5. Bibliografía.

Área do direito: Penal

Introducción[1]

1. Las sociedades contemporáneas del centro y sur América,[2] por lo menos sus ciudades centrales,[3] se caracterizan por un crecimiento desmesurado y

1. El presente escrito, como otros citados en la bibliografía, han servido de fundamento al tema que viene trabajando la línea de Investigación en Derecho Penal: Dogmática Penal –configurada desde la persona real–, todos ellos elaborados por quien funge como coordinador de la misma –José Fernando Botero Bernal. Por lo tanto, tanto éste escrito se halla vinculado a las investigaciones que se adelantan y se habrán de adelantar en la línea: (1) Condiciones de posibilidad de una dogmática penal de la Parte General del Derecho Penal, desde 1980 hasta el 2003. (2) Desarrollo y alcances de la conducta delictiva en al doctrina penal Colombiana desde 1980 a 2004. (3) Desarrollo y alcances de los estados similares como causal de inimputabilidad en la ley 599 de 2000. (4) proyecto en elaboración: Derecho penal Colombiano y el neoconstitucionalismo

2. En adelante se habrá de referirse a ellas como sociedades de la periferia. Dejando en claro que no son las únicas que admiten ese calificativo, por ejemplo las sociedades africanas incluso algunas asiáticas pueden llamarse así. La locución periferia significa aquellas sociedades que reciben –léase se les impone– del centro –sociedades desarrolladas–, de un lado, una determinada forma de percibir y comprender la realidad –conocimiento en un sentido muy amplio– y de otro, un determinado sistema

desorganizado, en donde las relaciones entre las personas pasaron de ser directas y conocidas a ser indirectas y anónimas,[4] es decir, en otrora las relaciones, al interior de las sociedades, eran entre personas que se reconocían como tales en los demás, por manera que ellas sabían que esperar de cada uno o, con otras palabras, era previsible, en cierto grado, el actuar entre ellas, por el contrario hoy las relaciones entre las personas son anónimas lo que conduce a que éstas sustituyan ese conocimiento directo de los demás por el hecho de ver en éstos ya no a personas[5] sino a anónimos seres portadores de un determinado papel, del cual se deriva, normativamente, una determinada conducta.[6]

2. Así mismo, esas sociedades de la periferia[7] además de presentar "*contactos anónimos*" se caracterizan por la "exclusión"[8] entre y de sus miembros, ello es, a partir de una homogenización simbólica de intereses,[9] mediante la utilización

económico y político. Actualmente, debe destacarse que el sistema económico determina tanto esa forma de percibir y comprender la realidad como el sistema político.

3. Las ciudades centrales de la periferia son ciudades que pueden ser calificadas de acopia, ello es, son urbe que se caracterizan por recibir personas de otras regiones, de manera definitiva, temporal o de tránsito. Situación que aumenta, lo que se habrá de llamar contactos anónimos.

4. "La sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol..." (JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción Teresa Manso Porto. Bogotá: Externado de Colombia, 2000, p. 10 infra).

5. En adelanta cuando se habrá de tratar como sinónimos persona, ser humano, individuo, ello debido al fundamento filosófico sobre el cual descansa el presente escrito: Personalismo ontológico.

6. Convirtiendo al Ser humano –hombre o persona o individuo– en un ser determinado normativamente, es decir, carente de libertad.

7. Actualmente se ha dejado de hablar de persona sustituyéndola por una noción tan etérea como sociedad y a su vez ésta, procurando su homogenizada, es llamada "sociedad o aldea mundial".

8. Tema que sirve de nombre a una corriente criminológica contemporánea: *El paradigma de la sociedad excluyente* (Zygmunt Bauman y Linebaugh). Sobre ello ver un corto y conciso resumen en PEREZ PINZÓN, Álvaro Orlando y PÉREZ CASTRO, Brenda Johanna. Panorama de las ideas criminológicas de la actualidad. En: REYES ALVARADO, Alfonso *et al. Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá: Legis, 2005, p. 472 supra a 476.

9. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45, n. 1.

ese medio central de conocimiento y protección llamado Derecho, se excluye a todos aquellos que no participen de esos intereses, supuestamente comunes a una sociedad, conformándose así "*nuevos ghettos o áreas de exclusión y marginalidad, junto a los barrios cerrados o urbanizaciones custodiadas*"[10] y quienes habiten esos sectores se convertirán en la "clientela" del sistema penal. Debe llamar la atención como en las sociedades de la periferia se presentan sectorizadas en atención a sus intereses que vienen condicionados por su formación intelectual, por su forma de concebir la vida incluso por sus antecesores. Uno de esos sectores, el hegemónico, propende por esa homogenización de intereses.[11]

3. Al interior de las sociedades de la periferia, se plantean problemas de muy diversas naturaleza, que constituyen su realidad viva y visible, los cuales van desde: *(a)* el aumento en esa serie de inusitados actos de violencia mediante elementos que de suyo se caracterizan por una *destrucción masiva e indiscriminada,*[12] los que son ya comunes a todas las sociedades contemporáneas, así mismo el aumento de actos violentos "comunes", dicho aumento en los actos violentos originan en las

10. BERGALLI, Roberto. Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía. En: LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. "Cedant arma togae"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 70.

11. La conformación de las sociedades de la periferia impone un análisis de las mismas según las teorías del conflicto, cuya adopción no significa que necesariamente se deba interpretar a la sociedad desde el marxismo, y mucho más si "no hay ninguna prueba empírica que permita afirmar que la sociedad es un sistema, al igual que no la había cuando Spencer pretendía que era un organismo" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal.* Parte general. Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005, p. 276, § 87, numeral 1), mientras sí la hay para la corrección de las posturas conflictivistas de la sociedad, y en especial, de las de la periferia. Dicho de otra manera, el presente escrito comprende a la sociedad, muy en especial las de la periferia. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así *relaciones de conflicto y de cooperación.*

12. Definición realista de ese concepto vago llamado terrorismo, el cual es utilizado por el poder, en especial el punitivo, para incrementar su vigilancia y castigo. Tal definición es brindada por el penalista argentino, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de "extraños". En: REYES ALVARADO, Alfonso *et al. Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo.* Op. cit., p. 626.

personas, de un lado, un sentimiento de desprotección e inseguridad y de otro, una desconfianza en el otro por ser éste un desconocido y en consecuencia un posible lesionador, desconfianza que se incrementa si ese "otro" pertenece a los grupos excluidos de la sociedad, es decir, si ese "otro" no comparte[13] los intereses de una supuesta mayoría, hasta *(b)* llegar a la tópica de la pobreza absoluta, que con el pasar del tiempo se ha venido agudizando, por múltiples factores,[14] en las sociedades de la periferia.

4. Las problemáticas sociales en mención, exigen una respuesta Estatal y dicha respuesta puede configurarse, por el poder, para: *(a)* propender por la solución real de los problemas sociales o *(b)* dejar librado al transcurrir del tiempo la solución real a los problemas sociales, por lo que ella es una respuesta simbólica legitimadora de, casi cualquier, intervención estatal en la vida de las personas por medio del poder punitivo.

5. Para la funcionalidad de las ya aludidas formas de respuesta estatal a la realidad de las sociedades de la periferia, respuestas que pueden combinarse entre sí, es menester hacer comprensible a la noción "persona" como protagonista de los problemas sociales, noción que, al menos en la región jurídico-penal, admite dos concepciones opuestas entre si, de un lado, aquella que comprende a la persona como todo ser humano real o simplemente como persona real[15] de carne y

13. La determinación de si la persona que se tiene en frente comparte o no unos mismos intereses, en las sociedades de hoy, se realiza de manera objetiva: la forma de vestir, de hablar incluso por su apariencia somática.

14. La selectividad en el control de los medios de producción, la selectividad en la educación ya no tanto en su ingreso como en su calidad, entre otros factores.

15. De manera provisional, como quiera que luego se habrá se hacer referencia directa al tema, puede decirse que cuando se alude a la personal real se entiende a esa persona que, como totalidad, se caracteriza por: *(a) su individualidad*, que se rige por una intencionalidad que orienta su proyecto de vida. *(b) su alteridad*, que alude a su apertura al mundo para encontrase con otros "yo", "*llegar a ser con otros en el mundo*", para darse una coexistencia –convivir–, orientada por su individualidad –intencionalidad. *(c) su comunicación*, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad, es decir, en la relación con otros –coexistencia– y *(d) su libertad*, la persona real es un Ser autónomo que puede "*dar norma y dirección a*

hueso condicionada cultural, social y económicamente, es decir, una concepción naturalística y de otro lado, como un Ser normativamente configurado, ello es, una concepción normativista.[16] Postura ésta para la cual las relaciones[17] en las sociedades de hoy vienen establecidas normativamente, convirtiéndose la norma en el medio más expedito tanto de conocimiento como de protección de y frente a los demás, así como la manera de imponer una serie de "*contenidos éticos*"[18] que posibilitan esa *homogenización* simbólica de intereses

6. De cara a lo expuesto hasta el momento, se habrán de tratar dos puntos dependientes entre sí: (a) el relativo a las formas de respuesta estatal a los problemas sociales y (b) el atinente a la noción de persona, en tanto que protagonista de la realidad de las sociedades de la periferia o, lo que es lo mismo, como protagonista de los problemas sociales para luego proceder a establecer la persona real que

su vida", obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto, es decir, expresada en un determinado contexto histórico social.

16. Quien ha radicalizado la postura normativista asevera lo siguiente:

"Una teoría del Delito con consistencia interna, es decir, una teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos "personas" y "lesión jurídica", y no en cambio de otros naturalistas como "hombre", "dolo", etc. Sólo si se produce esta normativización existe una posibilidad de que los delitos de resultado se mantengan practicables; el derecho penal garantiza entonces la expectativa de que el otro es fiel al derecho o, en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado síquico –conocimiento o no conocimiento– el cual no puede pronosticar nadie en una sociedad anónima, por lo que regirse por él interfiere la prestación de orientación que realiza el derecho." (JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Op. cit., p. 16 infra).

17. Dando el influjo dominante hoy en día en las sociedades, tanto del centro como de la periferia, se ha venido reemplazando cualquier terminología que aluda a las personas reales –concretas, de carne y hueso– por otras que favorecen el anonimato, es por ello que se habla de *contactos* y no de *relaciones*, de *expectativas normativas* y no de *comportamiento que se esperan de personas reales*, etc.

18. Ello posibilita esa: "universalización impositiva de contenidos éticos a través del Derecho" (João Mauricio Adeodato). Sobre el tema ver –vid: ADEODATO, João Mauricio. La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común. En: LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo. "Cedant arma togae"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 99-108.

respuesta estatal privilegia y cómo se configuraría el saber penal desde ella para brindar respuestas a la realidad de las sociedades de la periferia.

1. Modelos de respuestas estatales a los problemas sociales

1.1 Introito

1. Como ya se anotara, al interior de las sociedades de la periferia, e incluso las centrales, quienes las componen, las personas reales, de carne y hueso, expresan intencionalidades que entran en conflicto entre sí, generando conflictos sociales,[19] lo cual es de frecuente ocurrencia en sociedades pluralistas.[20]

Esos problemas sociales son de una naturaleza muy variada: (a) desde aquellos actos de *destrucción masiva e indiscriminada*: bombas en centros comerciales, por ejemplo, (b) pasando por aquellos que, sin comportar una destrucción masiva, son igualmente violentos, por ejemplo las muertes de personas a manos de otras, la retención de personas por parte de particulares o servidores estatales por un tiempo o no indefinido, las alteraciones significativas a la entidad sicosomática de una persona por parte de otra u otras, entre otros muchos, (c) llegando hasta la pobreza, que si bien es un estado implica, en veces, su criminalización.

19. PIERANGELI, José Enrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60 infra ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal.* México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, p. 22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal. Parte general.* Op. cit., p. 277. Así también, desde una postura legitimante del derecho penal, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975, p. 11. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así *relaciones de conflicto y de cooperación.*

20. No es menester que ese pluralismo sea reconocido por el Estado –por ejemplo artículo 11 de la Constitución Política Colombiana, artículo 1 de la Constitución Federal de Brasil–, basta que las personas que componen la sociedad tengan y expresen individualidades diferentes, es decir, intereses disímiles entre sí.

2. Los problemas sociales deben generar una respuesta tanto de las personas como en el Estado,[21] en cuanto hace a aquellas la respuesta será informal, sea negativa –rechazo social– o positiva –la aceptación–, y en cuanto hace a éste la respuesta será formal (o de *coerción jurídica*). Esa respuesta formal puede asumir dos formas excluyentes entre sí pero que admiten ser conjugadas, a saber: *(a)* Una de conciliación, reparación y/o restitución y *(b)* otra punitiva.

1.2 Modelo punitivo

1. El modelo punitivo (pena), que de suyo es violento,[22] se ejerce por medio del sistema penal.[23] Por consiguiente, éste se presenta como un programa punitivo configurado por el Estado[24] y cuya creación, aplicación y ejecución comporta un ejercicio real del poder punitivo.

21. Por ejemplo AMBOS, Kai. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Estudios de derecho penal internacional.* Bogotá: Leyer, 2005, p. 74.

22. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social.* Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 14. Dicho texto tiene una segunda edición: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social.* 2. ed. Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 98, 1999, p. 4. Realmente lo violento no es tanto el derecho penal como el poder punitivo. Ahora, una asimilación entre poder punitivo y derecho penal debe conducir a la aseveración que éste es violento.

23. Ese sistema, de cara a la realidad que vive América Latina, es ilegitimo en tanto que "reproduce la violencia, es ilegitimito porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra –petrifica en el tiempo– los ilegalismos, pero no los combate". MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *Política criminal, justicia penal y constitución política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales.* Bogotá: Temis, 1999, p. 2. El Cometario entre líneas no propio del texto original. Así mismo, de manera más general, BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. En: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Buenos Aires: B de F, 2004, p. 340 infra a 348. artículo éste que se halla publicado en Nuevo Foro Penal: BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Nuevo foro penal,* n. 46, octubre-diciembre 1989, p. 447 a 452.

24. Así, BUSTO RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal.* v. 1. Madrid: Trotta, 1997, p. 29. BUSTO RAMÍREZ, Juan J. y HORMA-

2. Ahora, el plurimencionado sistema penal, en tanto que conjunto de ideas sobre un mismo ente:[25] sobre la pena, aparece, en lo que respecta a su idea principal: la pena, en varios momentos:[26] (a) Cuando es creada hablándose de una *criminalización primaria*, luego (b) con su aplicación en donde se alude a una *criminalización secundaria* y por último (c) con su ejecución originándose la *criminalización terciaria* o, dicho de otro modo, cuando se hace referencia a la *criminalización primaria* se entiende la creación de leyes punitivas, que se suelen denominar penales –formal y materialmente punitivas– o que sin serlo tienen un contenido punitivo (penal) –materialmente punitivas–, cuya función es la criminalización de un grupo de personas, encubierta por la criminalización de conductas, así mismo por *criminalización secundaria* se comprende la función punitiva que recae sobre unas personas determinadas y por *criminalización terciaria* se alude a la ya mencionada función punitiva que se ejerce, desde la ejecución de la pena, sobre unas personas concretas.

3. Esos momentos como su desarrollo –ejercicio del poder punitivo– han sido enmarcados bajo el nombre de sistema punitivo y la funcionalidad de éste reside en ser presentado, tanto por quienes lo ejercen como por los medios de comunicación, como el método más eficaz para prevenir y controlar el delito, cuyo sustrato material vendría dado por esa serie de conflictos sociales, cuya ope-

ZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal.* Madrid: Trotta, 2004, p. 25. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal. Parte general.* Op. cit., p. 5 a 7. Tales modelos son configurados por personas reales en ejercicio del poder *–el poder y con él el punitivo no se tiene se ejerce.* Entre esos modelos, el punitivo, por ser un hecho irracional, de un lado, carece de autolimitantes reales, concretos y de otro lado, no admite limitantes externos el poder punitivo es un poder fáctico. Por lo tanto la tarea frente a él es contenerlo y reducirlo y en la medida en que se avance en esa contención y reducción los principios limitantes –el de acto, el de lesividad– se irán desarrollando en plenitud.

25. KANT, Inmanuel. *Critica de la razón pura.* t. II. Traducción de José Rovira Armengoi. Bogotá: Universales, 1987, p. 397. en donde define al sistema como: "la unidad de diversos conocimientos bajo una idea".

26. Por todos para América latina, SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica.* Bogotá: Temis, 1989, p. 5 infra a 6 supra.

ratividad exige de las personas que cedan parte de su intimidad –libertad– o, lo que es lo mismo, frente a la problemática social se debe recurrir necesariamente al "derecho penal".[27]

Sin embargo, de un lado, la afirmación realizada en precedencia se fundamenta en un sofisma: el poder punitivo crea esa noción llamada "delito", la cual habrá de generar inseguridad en las personas y él mismos se muestra, y lo muestran, como el medio más eficaz para prevenir y controlar lo que ha originado: el delito, se presenta así un circulo vicioso donde lo único con existencia real es el ejercicio del poder punitivo.

Este círculo asume una gran importancia en las sociedades de la periferia donde la persecución del "delito" es de las pocas fuentes de legitimidad para la política partidista y en consecuencias para quienes la ejercen.[28]

4. Por consiguiente, esa inseguridad, que legitima la intervención del sistema penal, se deriva no tanto de los conflictos sociales como de la denominación de "delito" que a esos conflictos le ha brindado el poder punitivo o, dicho con otras palabras, a la persona real se le quiere mostrar como verdadero y único lo que simplemente es un método más para abordar los conflictos sociales, se

27. Léase el poder punitivo.

28. Sobre el particular se ha aseverado:

"Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos, es casi un sueño no versen involucrados con la ley, particularmente con el derecho penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para un reforma social, en una sociedad en la que el monopolio está sólidamente establecido y donde incluso las políticas extranjeras militares carecen de interés, debido a la culminación de la guerra fría, en dicho sistema el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política.

(...) Lo que se define como control del delito, llega, por lo tanto, a cobrar una abrumadora importancia. Los encargos de los estados debidamente debilitados demuestran su mérito. El delito se tornas indispensable para imprimirle legitimidad a ese estado débil." (CHRISTIE, Nils. El derecho penal y la sociedad civil peligrosas de la sobrecriminalización. A.A.V.V. *Memorias de XX jornadas internacionales de derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 51 a 52 supra).

reitera, la respuesta punitiva es, como ya se acotó, un simple método para abordar los problemas sociales que se plantean en la realidad.[29]

Y de otro lado, lo expuesto en precedencia, no quiere significar que se deba renunciar al derecho penal, correctamente entendido, sino que se debe proceder a su replanteamiento[30] para que en vez de ser utilizado como legitimador de ese dato fáctico llamado poder punitivo, que como hecho no es posible abolirlo discursivamente y no admite, desde él, ningún limite, se convierte en un instrumento que posibilite la contención y reducción del ejercicio del tantas veces aludido poder punitivo.[31]

1.3 Modelo de reparación y/o restauración

1. Esta respuesta del Estado, a diferencia de la anterior cuya operatividad supone la exclusión real de quienes son los protagonistas del conflicto social, implica la presencia, igualmente real, de quienes intervinieron en el conflicto social para brindar una solución: sea ella la restitución y/o la reparación del daño generador de aquel conflicto. En ese sentido ella privilegia a la persona real.

En consecuencia, esta respuesta es racional y debe convertirse en la regla general para los problemas sociales, siendo la respuesta punitiva residual.

2. Si bien, este modelo de respuesta es propio del Derecho privado, en la región jurídico-penal se ha venido planteando "la justicia restaurativa",

29. HUSSERL, Edmund. *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental.* reimp. Madrid, 1976, p. 52 donde afirma: "las vestiduras de las ideas es lo que nos lleva a tomar como verdadero lo que es un método"

30. En ello reside la importancia de la obra del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni separar poder punitivo y Derecho Penal, configurando, desde la dimensión política, un Derecho Penal de contención y reductor del poder punitivo. Sobre el particular ver su obra más acabada: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar, 2000 –hay una segunda edición de 2002–, así mismo ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005.

31. Propuesta ésta que ya había sido formulada por Franz von Liszt, pero no de manera gratuita no fortuita hoy en día viene siendo alejada al exigir que la política criminal, entendida como poder punitivo, "oxigene" al derecho penal.

la cual, evitando su utilización por el poder punitivo, sería un ejemplo de un modelo reparador.[32]

1.4 Colofón

1. De cara a lo señalado, el modelo punitivo, al contrario del reparador, es excluyente de quienes son los protagonistas del conflicto social. Exclusión que se realiza, muchas veces por "*la incapacidad del estatal para resolver su conflictividad social*".[33]

2. El modelo punitivo opera dejando suspendido en el tiempo los conflictos sociales –problemas sociales–, para que sea aquel quien brinde la solución. En conclusión, el modelo punitivo no resuelve nada, es la expresión de un simple método de suyo irracional, que se caracteriza por la verticalidad en la imposición de sus determinaciones –pena–, determinaciones que nada solucionan simplemente legitiman el poder punitivo.

3. De cara a lo anterior, no es de extrañar que al modelo punitivo le sea funcional un concepto normativo de persona, así le es más fácil excluir a los protagonistas reales de los problemas sociales para propender por la relegitimación del poder punitivo.

4. Sólo cuando las personas se ven mutuamente como persona reales y no simplemente portadores de papeles de los cuales surgen una serie de obligaciones,[34] se iniciará el camino por una solución real y no simbólica de sus problemas, e igualmente se comenzará a poner fin a esa homogenización simbólica excluyente y se le reemplazará por una aceptación de la diversidad en dialogo.

32. Sobre el particular es muy didáctico MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto y MOLINA LÓPEZ, Carlos Andrés. *Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal.* Medellín: Universidad de Medellín, 2005, p. 30 y ss. Lo que debe generar mucha atención y cuidado es el configurar la justicia restaurativa no para (re)legitimar el modelo punitivo –poder punitivo– sino para plantear un modelo reparador en materia penal.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal. Parte general.* Op. cit., p. 7, § 2, n. 3 infra.

34. En términos funcionalistas: generadores de expectativas sociales.

2. Nociones para comprender a la persona

2.1 Introducción

1. Como se acotara, los conflictos sociales tienen unos protagonistas: Personas, esa aseveración no genera en principio ningún problema, el mismo surge cuando se plantea la pregunta: ¿Qué es la persona?.[35]

La respuesta al interrogante en precedencia comporta, de un lado, privilegiar una determinada respuesta estatal y de otro, asumir un punto de partida para reconfigurar lo que se debe entender por Derecho Penal.[36]

3. Buscando una respuesta al fascinante y complejo interrogante: ¿qué es el hombre?, la antropología filosófica ha brindado una serie de respuestas y, fundado en ellas, el saber penal ha procedido a configurar sistemáticas del delito. Tanto las respuestas provenientes de la antropología filosófica como las configuraciones del sistema penal le han brindado preferencia o bien *(a)* al individuo[37] apareciendo las posturas individualistas, acentuadas en la modernidad, o *(b)* a la sociedad, surgiendo las posturas colectivista –sistémicas–, en donde se destacan las corrientes sociológicas funcionalistas.

35. Bien se ha afirmado que: "El conocimiento del hombre ha sido una preocupación incesante que transita por la páginas de la historia del pensamiento desde sus comienzos. Siempre le ha interesado al hombre saber quién es. Pero a diferencia de otra clase de conocimiento, el que busca de sí mismo se inscribe en un ámbito eminentemente práctico." (LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica.* Salamanca: Sígueme, 1996, p. 17).

36. No gratuitamente, de un tiempo para acá se ha venido llamando la atención sobre la necesidad, lo cual es obvio, de cimentar el derecho penal sobre la noción de persona, sobre el qué se entiende por persona. De ahí, el porque cada una de las sistemáticas legitimantes del derecho penal –como expresión del poder punitivo– parten de un concepto funcional a su fin, e igualmente la sistemática que separa al derecho penal del poder punitivo asume otra. Aquí vale reiterar la afirmación según la cual: "Una teoría del Delito con consistencia interna, es decir, una teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos "personas" y "lesión jurídica",...". (JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente.* Op. cit., p. 16 infra).

37. Se reitera el contenido de la nota número 6: aquí se comprende como sinónimos las locuciones: persona, hombre, individuo, ser humano salvo que se indique cosa en contrario.

4. Cada una de esas posturas filosóficas influyó directamente en la manera como se ha configurado el Derecho penal, por ello merecen ser tratadas para luego proceder a formular una postura antropológica sobre la que se puede cimentar un Derecho Penal de contención y reductor del ejercicio del poder punitivo.

2.2 Posturas individualistas tradicionales y colectivistas: hacia el concepto de persona real

1. Las posturas individualistas tradicionales presentaron aun hombre que se perdía en una idea abstracta y sumamente racionalista de él –una persona abstracta–, es decir, a un *hombre* [persona] *del anonimato nihilista*[38] de la modernidad.

Con base en ese concepto de persona se configuró un derecho penal romántico[39] en el cual se termina por relegitimar el poder punitivo en aras de proteger a una persona ajena a la realidad.

Para estas posturas la legitimidad del Estado reside en la protección a la autonomía ética de la persona: "*...el Estado es un medio para asegurar el respeto de esta libertad negativa del individuo y su poder pierde legitimidad cuando sobrepasa las barreras inviolables de la autonomía individual.*"[40]

Así es explicable, el por qué toda la postura individualista tradicional, en lo que respecta a la configuración del Estado así como del derecho penal, hicieron ingentes esfuerzos en establecer limites al ejercicio del poder, incluido el punitivo, pero dado su romanticismo, no advirtieron que ese poder es un dato fáctico que

38. LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Op. cit., p. 18.

39. Aquí se ubica lo que se denomina "escuela" clásica italiana y las posturas alemanas que precedieron a la sistemática clásica alemana en donde se destaca Johann Paul Anselm Ritter von Feurbach (1775-1833) y Karl Binding (1841-1920), es decir, a Franz von Liszt (1851-1919).

40. PAPACCHINI, Angelo. *Filosofía y derechos humanos*. Santiago de Cali: Universidad del Valle, Facultad de Humanidades, 1995, p. 69.

desborda cualquier limitante interno, por lo que, en última instancia, terminaron relegitimando el mencionado poder.

2. Las posturas colectivistas, donde deben ser destacadas las posturas sistémicas o funcionalistas, presentan a una persona anónima que o bien se esconde –o es escondida– en la alteridad, en la cara, de los otros, o es creada, debe destacarse por ejemplo: la propuesta de Günther Jakobs (1937-?), quien concibe a la persona, siguiendo a Georg Wilhelm Frederic Hegel (1770-1831) y adicionándole conceptos sociológicos propios de Niklas Luhmann (1919-1998), como "*representación de una competencia socialmente comprensible*",[41] es decir, se es persona cuando un ser humano[42] se reconoce y lo reconocen como titular de derechos y obligaciones, con un determinado papel que proviene de la norma.[43]

Por lo tanto, persona no es "*un resultado de proceso naturales*"[44] que origina seres humanos,[45] sino un *producto social*:[46] centro de derechos y obligaciones.[47]

41. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, reimpresión. Madrid: Civitas, 2000, p. 51. Sigue en tal punto, de un lado, a NiKlas Luhmann, que entiende a la persona como "un sistema autorreferente que tiene en la conciencia y en el lenguaje su propio modo de operación autopoiética" (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema:* la ambición de la teoría. Introducción de Ignacio Izuzquiza. Traducción de Santiago López Petit y Odrote Schmitz, Barcelona: Paidós e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, p. 27-77 y ss.). Y de otro, a Hegel ver: HEGEL, Georg Wilhelm Frederic. *Filosofía del derecho.* 5. ed. Buenos Aires: Claridad, 1968, p. 68 § 36 y § 38.

42. El ser humano que aun NO ES persona es llamado, por Günther Jakobs, el *homo phaenomenon* de Inmanuel Kant (1724-1804) (JAKOBS, Günther. La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal. En: JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16).

43. El ser humano que ES Persona es denominado, por el autor citado en precedencia, el *homo noumenon* de I. Kant. (Ibídem, p. 16)

44. Ibídem, p. 20.

45. Que, según el autor en mención, serían individuos u homo phaenomenon.

46. Ibídem, p. 20.

47. Ampliando el tema y referido al Derecho penal ver: BOTERO BERNAL, José Fernando. *Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradota del derecho penal.* En: VELÁSQUEZ, Fernando. (Coord.) / AMBOS,

3. Las respuestas que brindaron y brindarán las posturas filosóficas, a la tantas veces mencionada pregunta: ¿qué es el Hombre?, fueron unilaterales creando un dilema, que en el fondo no existe, como ya se habrá de indicar y demostrar, es el hombre o es la sociedad.

Dicho dilema a conducido a presentar elaboraciones del sistema penal que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común: son sistemáticas penales que, en tanto que producto del sistema penal entendido como el conjunto de ideas sobre un mismo ente:[48] derecho penal, se han realizado sin la persona real y para no personas reales.

4. En resumen: (a) Desde las respuestas individualistas se han configurado sistemáticas del delito con clara preferencia de la persona que no es persona puesto que ella se le ha escondido en si misma olvidando su alteridad y comunicación configurándose un derecho penal desde y para quien no es persona por ausencia de la alteridad y comunicación. (b) Desde las respuestas colectivistas se han elaborado propuestas donde, exagerando la alteridad y comunicación de la persona, se termina por preferir la sociedad o el sistema social, en un sentido radical o moderado, en donde éste subsume a la persona, que es su creación finalizando por configura un derecho penal para quien no es persona real.

En fin, desde cualquiera de las posturas enunciadas se ha se ha configurado un derecho penal desde y para quien no es persona real por omitir alguno de sus caracteres esenciales de ella bien su alteridad y comunicación o bien su "*mismidad*" (X. Zubiri) –individualidad.

2.3 El concepto de persona real

1. La persona real, como configuradota del saber penal, exige que se le plantee con todas sus notas esenciales y no desde el "si mismo" –individualismo– o

Kai *et al. Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro Homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*. Bogotá: Temis, 2005, p. 135 infra-161 supra.

48. KANT, Inmanuel. *Critica de la razón pura*. t. II. Op. cit., p. 397.

desde su alteridad y comunicación exagerada –exagerar esa "*relación del yo con el tú, el entre*",[49] es decir, ese ámbito "*más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro*":[50] colectivismo–

2. Por lo tanto, persona real es una totalidad donde se expresa: *(a) su individualidad*, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida. *(b) su alteridad*, que alude a su apertura al mundo para encontrase con otros "yo", "*llegar a ser con otros en el mundo*",[51] para darse una coexistencia –convivir–, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad. *(c) su comunicación*, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad. y *(d) su libertad*, la persona real es un ser autónomo que puede "*dar norma y dirección a su vida*",[52] obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

Es ella, quien configurará su compresión y la del mundo –la realidad– y en ese orden de ideas la del Derecho y en especial la del Derecho Penal.

3. Nociones para comprender a la persona

3.1 Palabras previas

1. El saber penal configurado desde la persona real exige que aquel, de un lado, tenga una clara funcionalidad política: limitar y contener el ejercicio del poder punitivo y de otro, respete la realidad en lo que hace a sus nociones.

2. En ese sentido, sus presupuestos normativos deben construirse de manera tal que no posibiliten que cualquier conducta –problema social– sea habilitada para que se ejerza sobre ella la irracionalidad del poder punitivo (pena)

49. LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica.* Op. cit., p. 117.

50. Ibídem, p. 117.

51. Ibídem, p. 174 supra.

52. Ibídem, p. 174 supra.

Así, los problemas sociales deberán ser reconducidos a que se les brinde otra forma de respuesta estatal diferente a la punitiva.

3.2 Presupuestos normativos: teoría del delito desde la persona real

1. Los presupuestos normativos deben presentarse unidos por manera tal que conformen un sistema –programa– de comprensión activo[53] de la ley penal en orden a servir de dique al ejercicio del poder punitivo –funcionalidad política del sistema–, así como para brindar: (a) previsibilidad a las decisiones judiciales, la cual surge de la coherencia del sistema y (b) seguridad jurídica, la que surge no sólo de la coherencia del sistema –ausencia de contradicción– sino por la coherencia con la funcionalidad política: acotar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

2. Así entonces ese sistema, con una clara función política y fundamentación antropológica, busca, de un lado, que las decisiones judiciales sean previsibles, en la medida en que brinda una aplicación segura, calculable y racional de esa ley penal ella[54] o, dicho de otra manera, evita que su aplicación se deje librada al azar, en pocas palabras, sea *una cuestión de lotería*[55] y de otro lado, "*que todo lo jurídico-*

53. En tanto que debe asumir una postura tanto de organización como de critica frente al producto legislativo: la ley penal

54. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 29, 1983, p. 27. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 12. ed. y 3. ed. castellana, traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 11: "Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan su aplicación del acaso y la arbitrariedad." JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. v. 1. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 264, § 21, I, n. 2, en donde afirma: "Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan, por el contrario, una Jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria,...".

55. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Op. cit., p. 27.

penalmente relevante del hecho probado va ser objeto de un riguroso análisis".[56] Pero ese sistema de comprensión activo no se queda con las dos funciones señaladas sino además hace expresa su funcionalidad política[57] y sólo así se puede brindar la seguridad jurídica.

Por lo tanto, un saber del Derecho Penal, con una funcionalidad acotante y reductora del ejercicio del poder punitivo, configurado desde la persona real, deberá ser siempre teleológico, en contraposición a las sistemáticas clasificatorias,[58] por cuanto señala, de manera expresa, su *funcionalidad política y social,*[59] lo que de antemano hace saber cómo se habrán de estructurar cada uno de los presupuestos normativos que le conforman.

3. Ese sistema de compresión activo de la ley penal[60] acotante y reductora del ejercicio del poder punitivo, no debe construirse de espaldas a la realidad "real" sino con un respeto a esa realidad puesto que ese sistema se encuentra con entes que ya existen: la persona, la conducta, entre otros, por lo que él debe respetar sus "*propiedades, características, estructuras y formas que son de los objetos en cuanto objetos*".[61]

56. BUSTO RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal.* v 1. Op. cit., 1997, p. 128.

57. Por ello el sistema activo del saber penal configurado por y para la persona real es, como luego se afirmará, teleológico: cada unos de sus componentes normativos responde a un mismo fin, el cual desde un principio se señaló de manera expresa.

58. En ellas se omite cualquier alusión expresa de su funcionalidad política limitándose a "ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes" de la ley penal. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al. Derecho penal. Parte general.* 1. ed. Op. cit., p. 82, § 8, III, n. 1).

59. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Derecho penal. Parte general.* Op. cit., p. 81-82, § 8, III, n. 1. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 184 nota de pie de página n. 14. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* v. 1. Op. cit., p. 266, § 21, II, n. 2: "el concepto de delito debe, de otro lado, concordar con el fin y los medios del derecho penal".

60. En adelante se entenderá como sinónimos Saber penal y sistema de comprensión activo del producto legislativo: ley penal.

61. GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía.* Bogotá: Nacionales, 1984, p. 362. Es decir, la estructura óptica de los entes que pretende regular: problemas sociales.

De lo anterior, no se sigue una imposibilidad de valoración en la configuración del sistema de comprensión activo de la ley penal, sino que ella, la valoración, debe respetar la estructura "real" tanto de la realidad que valora, como de la persona real. En consecuencia, el sistema de comprensión activo, así como los componentes normativos que lo integran, deben ser por excelencia valorativos a fin de cumplir con su funcionalidad política.

4. También dicha seguridad jurídica presupone integrar datos sociales al sistema para de esta manera, de un lado, responder a su funcionalidad política y de otro, propiciar un estudio global del fenómeno penal –sistema penal– que no sólo se reduce a problemas intrasistemáticos.[62]

Aquí es donde se las valoraciones político criminales, así como los datos de la realidad provenientes de la criminología y las ciencias sociales deben repercutir en la construcción que realice la dogmática penal –programación racional del poder de los juristas.[63]

5. Los presupuestos normativos, no por ello contrarios a la *realidad del mundo* y/o carentes de datos sociales, que habrán de posibilitar el ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de una sanción penal son denominados, por la dogmática jurídico-penal desde 1906, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Esos presupuestos normativos, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, exigen ser redelineados por parte de la persona real. Ella de manera muy concreta, por razones de espacio, sería así:

A. Primer presupuesto normativo: La conducta. 1. Desde las ciencias sociales es claro que el poder punitivo, desde la criminalizaciòn primaria, más que conductas selecciona personas, para impedir esta primera tosca irracionalidad del

62. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Op. cit., p. 61-64, muy especialmente la p. 63.

63. Así BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1984, p. 20-24. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Op. cit., p. 63.

poder punitivo se debe exige que éste pase el filtro normativo llamado conducta, acto o simplemente acción.[64]

2. El presupuesto en comento tiene un carácter genérico en la medida en que los demás presupuestos deben predicarse de una conducta, acto o acción. Entonces, atendiendo a la funcionalidad política de éste primer presupuesto sólo la conducta, en un sentido realista, puede comenzar a habilitar el ejercicio del poder punitivo en un Estado de Constitucional de Derecho como debe aspirar a ser Colombia, en la medida en que se limite y reduzca el ejercicio del poder punitivo.

3. Ahora la conducta se comprende como esa expresión voluntaria de sentido,[65] en consecuencia, todo aquello, así haya generado un resultado, que no sea expresión voluntaria de un sentido, bien por ausencia de voluntad o por ser producto del azar, no podrá ser imputado como obra de la persona real, es decir, no se podrá hablar que se está en presencia de una conducta, por lo que se inhabilita, gracias a éste primer presupuesto normativo, el ejercicio del poder punitivo. Igualmente, tampoco será conducta aquellos sentidos que aun no ha sido expresados, es decir, manifestados de manera voluntaria en el mundo –*cogitationis poenam nemo patitur.*[66]

4. En atención a lo señalado en precedencia, se tiene que los eventos excluyentes de la conducta son básicamente tres: (a) la exclusión total de la voluntad, (b) el azar que hace imposible una dominabilidad del actuar por lo que se hace imprevisible el resultado y (c) cuando ese sentido no se ha manifestado en el mundo externo de manera voluntaria.

Así entonces, cualquier circunstancia sin importar su denominación, al menos desde una postura personalista/realista, que anule la voluntad –por ejemplo la fuerza

64. Inciso 2.º del artículo 29 Constitución Política, inciso 1.º del artículo 6 Código Penal, inciso 1.º del artículo 25 Código Penal.

65. Manifestación de la individualidad.

66. No se pena el pensamiento.

irresistible,[67] los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia– o que exprese el azar –caso fortuito, por ejemplo[68]– habrá de excluir la conducta –*acto, acción*,[69] tampoco será conducta un sentido aun no expresado en el mundo exterior –realidad. Y sin conducta se imposibilita que el ejercicio del poder punitivo continúe actuando sobre una determinada persona o, en otras palabras, *nullum crimen sine conducta.*

B. El segundo presupuesto normativo: La tipicidad. 1. La persona real por esencia coexiste, en esa coexistencia se plantean expresiones voluntarias de un sentido que entran en conflicto entre sí. Alguna de esas expresiones voluntarias de un sentido son seleccionadas por el poder punitivo, por muy variadas razones, y las vierte en un texto legal y las amenaza con una sanción penal originando así uno de los tantos elementos que habrán de componer ese acto político llamado ley penal.

2. El poder punitivo realiza esa selección, de expresiones voluntarias de sentido conflictivas en abstracto, mediante una formula legal[70] necesaria que tiene una doble funcionalidad, de un lado, posibilitar formalmente el ejercicio del poder punitivo y de otro lado, facilitar la labor de contención y reducción del ejercicio del poder punitivo.

Esos tipos penales, en abstracto, describe expresiones de sentido que generan conflictos sociales, es decir, más que contener prohibiciones o mandatos, lo que realiza es describir –configurar políticamente– expresiones de individualidades que generan conflictos.

3. Ahora, no cualquier conducta, así formalmente presente las características exigidas por el tipo penal puede subsumirse en él, sólo aquellas que realmente revelen un conflicto pueden adecuarse al tipo. Esa adecuación se llamada tipicidad y la tarea de establecer si una conducta es o no conflictiva es denominada juicio de tipicidad.

67. Artículo 32 numeral 1.º. En el Código Penal Colombiano: fuerza mayor.
68. Art. 32 numeral 1.º. CP.
69. Inc. 2.º. del art. 29 CPol., inc. 1.º. del art. 6 CP, inc. 1.º. del art. 25 CP.
70. Esa formula legal se denomina tipo o supuesto de hecho –*tatbestand.*

Por lo anterior, este filtro tiene que ser eminente valorativo de lo contrario será funcional a los intereses del poder punitivo, ello es, posibilitar el ingreso en la privacidad de las personas para vigilarlas y de está manera ir configurando lo que él quiera.

4. De ahí, se sigue que el tipo penal si bien en abstracto describe conductas conflictivas en realidad lo que hace es seleccionar personas por su actuar, real o no, esto es, el tipo penal es una forma, que utiliza el poder punitivo, de interferir en esa libertad de acción en coexistencia, la mayoría de las veces, no tanto por la conducta efectuada sino porque quien la ejecutó tiene las características personales que él seleccionó con esa formula legal necesaria llama Tipo.

5. En consecuencia, la tipicidad, ello es, la adecuación de una conducta a un tipo penal determinado, por cuanto ella genera el conflicto descrito de manera abstracta en él, se convierte en el tercer filtro normativo al ejercicio del poder punitivo: *nullum crimen sine tipo*.

C. Tercer presupuesto normativo: La antijuridicidad. 1. Hasta aquí sólo puede afirmarse que se está en presencia de una conducta típica, ello es, una conducta conflictiva, en tanto que pugna con las prohibiciones de una normatividad determinada (antinormatividad) pero puede suceder que ese conflicto haya sido ya resuelto jurídicamente al establecerse una autorización para ese supuesto conflicto o, dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico establece permisos,[71] cuya función es la resolver jurídicamente los conflictos que comportan las conductas típicas y en consecuencia infirman –niegan– ese conflicto que permitió que una determinada conducta fuera típica (antinormativa).

El anterior planteamiento, el mayoritario en la doctrina y judicatura, puede ser reconstruido observando en las causales de justificación no autorizaciones sino limites a la injerencia del ejercicio del poder punitivo en el ámbito de libertad de

71. Art. 32 numerales 3, 4, 5, 6 y 7 CP.

la persona real. Así entonces, los tipos permisos guardarán plena armonía con la funcionalidad política del saber penal configurado por la persona real: limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

2. Una conducta típica y antijurídica integra lo llamado injusto y él le brinda una racionalidad mínima al ejercicio del poder punitivo pero aún falta ver si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese injusto, por parte del Estado, es decir, si se debe ejercer el poder punitivo sobre quien ejecutó un determinado injusto.

3. De la pregunta ya planteada, se deduce que el injusto mira al hecho –conducta de quien realizó el injusto–, claro está teniendo en cuenta, cuando ello sea necesario, circunstancias propias del agente, en ese sentido es por lo que el injusto es personal, es decir, no solo porque él es obra de una persona real sino por cuanto para su construcción política se debe tener en cuenta circunstancias que le son propias.

D. Cuarto presupuesto normativo: La culpabilidad. 1. La respuesta al interrogante si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese injusto, por parte del Estado plantea el cuarto presupuesto normativo o filtro al ejercicio del poder punitivo: la Culpabilidad.

2. El presupuesto en mención ha generado grandes discusiones, por ser el que definitivamente posibilitará o no el ejercicio del poder punitivo (pena) así como su grado de intensidad, discusiones que van desde las que abogan por su mantenimiento, en orden a legitimar el ejercicio del poder punitivo, hasta las propugnan por su exclusión, sea total (abolicionismo) o parcial (remplazar la culpabilidad por otros conceptos). Pero sea lo que fuera, hoy en día existe lo que debe ser si materia de verdadera discusión es ¿cuál debe ser su contenido?.

3. Ella, la culpabilidad, en esencia es un juicio de reproche que implica una *valoración en concreto*, es decir, es un *juicio de reproche personalizado*[72] *–nulla poena*

72. ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Manual de derecho penal. Parte general.* Op. cit., p. 290, § 90, numeral 6 infra.

sine reproche–, que como personalizado habrá de tener en cuenta esas situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas[73] que rodean y le dan sentido al actuar del agente, de la persona real.

4. Ese reproche personalizado exige una serie de supuestos, a saber: (a) la capacidad de culpabilidad –imputabilidad–, es decir, que el agente se halle en capacidad de brindar una respuesta compatible con la racionalidad imperante en el contexto social e histórico donde expresó ese sentido que constituye un injusto o, lo que es lo mismo, que comprenda, en términos razonables, la ilicitud de su conducta y pueda autodeterminarse conforme a esa valoración[74] y (b) la capacidad real en que debe estar la persona de desplegar una conducta determinada, es decir, que el agente se halle, en la situación concreta, de efectuar un conducta compatible con los postulados normativos, lo que desde otras sistemáticas suele ser llamado la no exigibilidad de otra conducta.[75]

5. Así entonces, de esa valoración en concreto se derivará la emisión o no de ese juicio de reproche personal –*nulla poena sine reproche*. Si de ese juicio concreto, es decir, aquel que tiene en cuenta, se repite, las situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas que rodean y le dan sentido al actuar del agente, se deriva que razonablemente, es decir, según el contexto individual, social e histórico, no le era exigible una conducta diferente a la llevada a cabo no se debe posibilitar esa respuesta por parte del poder punitivo. Pero, si por el contrario, de esa valoración en concreto se deriva que si le era exigible, en términos compatibles con la realidad que vive el agente, debe habilitarse la pretensión punitiva del Estado y en qué grado.

73. Idea que, quien escribe, la expuso inicialmente en BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del derecho penal objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Bogotá: Leyer, 2002, p. 52, § 67.

74. Inc. 1.º del art. 33 e inc. 2.º del art. 32 CP.

75. Art. 32 numeral 8, 9, 10 CP.

6. En conclusión, los presupuestos normativos que componen el injusto –conducta, tipicidad y antijuridicidad– habrán de corroborar o no la existencia de un conflicto lesionador de bienes jurídicos mientras el presupuesto normativo de la culpabilidad posibilitara o no una respuesta punitiva –pena– y la intensidad de la misma por parte del Estado.

4. Colofón

1. Quedan así sentadas las bases y su concreto desarrollo de un Derecho Penal configurado desde la persona real y para la persona real, quien está siendo constantemente seleccionada por el poder punitivo, de forma arbitraria y por lo tanto irracional, para ejercitar sobre ella su poder de vigilancia y sancionador.

Por lo tanto es menester que ella configure un sistema racional con el fin de limitar y reducir ese ejercicio en bien de ella y de quienes coexisten con ella en procura de un pleno y real Estado Constitucional de Derecho.

2. Así las cosas, el Derecho Penal asume su verdadera, por no decir que única, funcionalidad: la limitación y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real, o dicho de otro modo, garantizando un cierto ámbito de coexistencia de acción en libertad.

3. En conclusión, un Derecho Penal con un valor o si se quiere corrección de verdad, configurado por la persona real, al menos de las sociedades periféricas, además de ser funcional a quien lo configura: la persona real, habrá de propender por el respeto a los Derechos Humanos dentro de esa realidad constante: los conflictos sociales. El fin del derecho penal que relegitima el poder punitivo es el principio del Derecho Penal.

5. Bibliografía

AMBOS, Kai. Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Estudios de derecho penal internacional*. Bogotá: Leyer, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal.* Bogotá: Temis, 1984.

BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Buenos Aires: B de F, 2004.

_____. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Buenos Aires: B de F, 2004,

_____. *Criminología crítica y crítica al derecho penal.* Madrid: Siglo XXI, 1986.

BENÍTEZ Naranjo; HERNÁN, Darío. *Tratamiento jurídicopenal del Indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?.* Bogotá: Temis, 1988.

BERGALLI, Roberto. *Sociología de la desviación.* En: BERGALLI, Roberto; BUSTOS Ramírez, JUAN; MIRALLES, Teresa. *El pensamiento criminológico I:* un análisis crítico. Bogotá: Temis, 1983.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría política del delito en Alemania, Italia y España. *Nuevo Foro Penal. Bogotá,* n. 59, enero-marzo 1993.

BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el honor. Bases e iniciación de una teoría de la parte especial del derecho penal objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica.* Bogotá: Leyer, 2002.

_____. Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura personalista realista. *Opinión jurídica,* v. 4, n. 7, enero-junio, 2005.

_____. Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura realista antropológica. *Intercambios – Revista electrónica Argentina* año 4, n. 10, septiembre 2005. Del Instituto de Derecho

Penal y Criminología de la Universidad de la Plata <www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios>.

_____. Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura realista antropológica. *Diritto & diritti – Electronic law review*, 2004 <http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/index.html>.

_____. Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradota del derecho penal. En: VELÁSQUEZ, Fernando. (Coord.) *et al. Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*. Bogotá: Temis, 2005.

BÜLLESBCH, Alfred. Enfoques de teoría de sistemas. En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debates, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, 1986.

_____. La imputabilidad en un estado de derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Lecciones de derecho penal*. v. 1. Madrid: Trotta, 1997.

CANCINO MORENO, Antonio José. *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, t. I y II – 1990, t. III y I de la Parte Especial.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo *et al. El funcionalismo en derecho penal. I. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs.*

Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones en filosofía y Derecho, 2003.

_____. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre (sic) del 2000.* Lima: Grijley, 2000.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CHRISTIE, Nils. Derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización. En: BARRETO ARDILA, Hernando *et al. Memorias. XX Jornadas internacionales de Derecho Penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERNÁNDEZ CARASQUILLA, Juan. ¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?. *Derecho penal y criminología*, Bogotá, v. XIV, n. 47-48, mayo-diciembre 1992.

_____. *Derecho penal fundamental.* v. 1. 2. ed. Bogotá: Temis, 1986. (Hay una tercera edición por Gustavo Ibáñez, 2004, p. 42 a 68)

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director) *et al. Prevención y la teoría de la pena.* Santiago: ConoSur, 1995.

_____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Traductores Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

FOCOAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas.* Traducción Enrique Lynch. Barcelona, 2000.

_____. *Vigilar y castigar.* 18. ed. Madrid: Siglo XXI, 1990.

GALVEZ ARGOTE, Carlos Augusto. Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos. *Nuevo foro penal*, n. 38, octubre-diciembre 1987.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*. Bogotá: Nacionales, 1984.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá: Temis, 1983 (monografías jurídicas n. 29).

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de derecho penal*. Parte general. t I. Bogotá: Doctrina y Ley, 2001.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santafé de Bogotá: Temis, 1999.

HEIDEGGER, Martín. *¿Qué es la filosofía?*. Prologo. Traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona: Herder, 2004.

HULSMAN, Louck; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana:* hacia una alternativa. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Estudios de derecho penal*. Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñáranda Ramos, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas/UAM, 1997.

_____. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. v. 1. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, 1981.

KANT, Inmanuel. *Critica de la razón pura.* Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, t. II.

LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica.* Salamanca: Sígueme, 1996.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *Política criminal, justicia penal y constitución política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales.* Bogotá: Temis, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método.* Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* 2. ed. reimp. Bogotá: Temis, 1999.

_____. *Derecho penal y control social.* Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Introducción al derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1975.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal.* Parte general. 2. ed., revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Valencia: Tiranto lo Blanch, 1996.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho.* Madrid: Trotta, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del derecho penal:* consideraciones sobre

la teoría de la imputación de Günter Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho penal. Partes general y especial.* reimp. de la 1. ed. Bogotá: Temis, t. I.

PIERANGELI, José Enrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de derecho penal.* I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

RESTA, Elegio. La desmesura de los sistemas penales. En: BUSTOS RAMIREZ, Juan (director) *et al. Prevención y teoría de la pena.* Santiago de Chile: Cono-Sur, 1995.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.* Bogotá: Temis, 1994.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal. Parte general.* reimp. de la 11. ed. Bogotá: Temis, 1989.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. El Código Penal de 1837: marco histórico de su vigencia. *Nuevo foro penal*, n. 38, octubre-diciembre, 1987.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito.* Traducción de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente, Barcelona: Civitas, 1997, t. I.

SÁINZ CANTERO, José A. *La ciencia del derecho penal y su evolución.* Barcelona: Bosch, 1970.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica.* Bogotá: Temis, 1989.

SCHEERER, Sebastián *et al. Abolicionismo penal.* Traducción del ingles por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondanza, Buenos Aires: Ediar, 1989.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. *El sistema moderno del derecho penal:* cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Traducción y notas Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal.* Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992.

SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Inimputabilidad y sistema penal.* Bogotá: Temis, 1996.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte general, I. El Hecho Punible.* Traducción de la 2. ed. alemana (1976) de GLADIS ROMERO, Madrid: Derecho Reunidas – EDERSA – Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal:* consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal.* 2. ed. Bogotá: Temis, 2004.

_____. El derecho penal colombiano y la ley importada. *Nuevo foro penal*, n. 38, octubre-diciembre 1987.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Avila, 1992.

_____. Culpabilidad por vulnerabilidad. *Anthropos. Huellas del conocimiento*, n. 204, 2004.

_____. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal.* 2. ed. Bogotá: Temis, 1990.

_____. *Manual de derecho penal.* México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.

_____. *Origen y evolución del discurso critico en el derecho penal.* Buenos Aires: Universidad Nacional de Rosario/Ediar, 2004.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005.

Da tentativa impossível e do erro sobre o nexo causal

Fábio Agne Fayet
Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS).
Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal).
Professor de Direito Penal (FADISMA/RS e AJURIS).
Membro da Banca Examinadora de Direito Penal do "Exame de Ordem", promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil/RS. Advogado.

Resumo: A presente pesquisa versa sobre a tentativa de crime impossível e o erro no nexo causal, em consonância com a teoria do crime (adotada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro), a partir de um estudo de caso, de um crime de estelionato, no qual o agente foi processado pelo resultado de uma conduta típica, que, por si só, não era capaz de produzi-lo, e que veio a ocorrer pelo concurso de outra causa de relativa independência. Assim, verificando-se os parâmetros da tentativa, bem como as linhas de estudo do crime impossível, o estudo progride à análise das estruturas do erro sobre o nexo causal, com o escopo de responder se há uma capitulação tecnicamente mais adequada a do crime consumado, visando o debate acerca da caracterização de condutas de impossível consumação, ocasionadas por erro no curso causal desencadeado.

Palavras-chave: Tentativa – Crime impossível – Nexo causal – Erro sobre o nexo causal.

Abstract: The following study refers to the attempt of an impossible crime and the error of causal relation, according to the crime theory (adopted by the Brazilian legal-criminal order). We analyze a study case where the agent was prosecuted for fraud as result of a typical act which, alone was not able to produce it but which happened because of another independent cause. Thus, verifying

the parameters of the attempt, as well as the lines of study of the impossible crime, the study progresses to the analysis of the structures of the error upon the causal relation and aims at the debate concerning the characterization of behaviors of an impossible consummation caused by an error in the unleashed causal course.

Keywords: Attempt – Impossible crime – Causal relation – Error upon causal relation.

Sumário: Introdução – 1. Sobre a tentativa e o crime impossível – 2. Do erro sobre o nexo causal – 3. Considerações finais – 4. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal

Introdução

O presente trabalho surgiu na análise de um processo criminal pelo delito de estelionato, onde o autor do fato subtraiu algumas folhas do talão de cheques de outrem, tendendo a obtenção de vantagem ilícita, por meio da falsificação da assinatura do correntista e a apresentação da cártula perante uma instituição bancária. A questão é que o autor do fato não falsificou a assinatura do correntista; apenas escreveu o nome da vítima com a sua própria letra, sem a preocupação de torná-lo parecido com a assinatura verdadeira. A instituição bancária não conferiu a assinatura constante da cártula, e pagou o valor nominado, gerando, assim, enorme prejuízo ao correntista. O agente foi denunciado por estelionato consumado (por diversas vezes, em função da quantidade de cheques emitidos). Daí surgiu a temática que impulsionou a presente pesquisa: considerando o fato de ser obrigação da instituição bancária a conferência das assinaturas das cártulas (tanto que possuem funcionários que desempenham essa

exclusiva função), não se estaria diante da tentativa de um crime de impossível consumação, na medida em que o meio utilizado para a prática do delito restou inadequado, por si só, para a realização do resultado pretendido (porque é de conhecimento comum a atuação do banco na conferência das assinaturas para a liberação do pagamento dos títulos)? E ainda: essa não-conferência das cártulas por parte do banco influencia no curso causal da ação perpetrada e poderia alterar a capitulação do fato imputado ao agente? Mais: essa tentativa, no contexto aqui enfrentado, terá produzido o resultado naturalístico por erro no nexo causal? Para responder essas indagações, analisaremos, por meio da utilização das doutrinas pátria e estrangeira, alguns elementos da tentativa, dos elementos concernentes ao erro e, detidamente, daqueles relativos ao nexo causal, com o fito de melhor visualizarmos a possibilidade de uma readequação do enquadramento típico (em relação ao fato, aqui proposto ao debate).

1. Sobre a tentativa e o crime impossível

A tentativa vem prevista no art. 14, II, do CP[1] e é conceituada como a execução começada de um crime, que não chega a se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente; é, portanto, o "delito imperfeito".[2] No dizer de Wessels "é a manifestação da resolução para o cometimento de um fato punível através de ações que põem em relação direta com a realização do tipo legal, mas que não tenham conduzido à sua consumação".[3] Na tentativa, como merece ser ressaltado, não há o resultado do delito pretendido pelo agente;[4] por isso, a "tentativa é um

1. Art. 14. Diz-se o crime: II – Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2. CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Traduzido por Vicente Romero Girón. 2. ed. Madrid: Góngora, 1926, p. 133.

3. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 133.

4. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva".[5] O crime tentado é a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo, "todo o problema consiste em identificar, no processo de realização da ação típica, demarcado pelas fases de decisão, preparação, começo de execução e produção do resultado, o momento de início da punibilidade".[6] É a tipicidade não concluída, ou seja, na análise do *iter criminis*[7] o agente inicia a execução do delito pretendido, mas não consegue transpor essa etapa por motivos alheios a sua vontade.

5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 43.

6. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 377.

7. *Iter criminis* ou o caminho do crime é composto por quatro fases: a cogitação, a preparação, a execução e a consumação. A primeira fase é a da cogitação ou ideação, na qual o sujeito idealiza, mentaliza, prevê, planeja, deseja a prática do crime, sem, entretanto, sair do plano psicológico, isto é, sem, evidentemente, materializar a idéia. A segunda fase é a da preparação, onde o agente pratica os atos imprescindíveis à execução do crime, como, por exemplo, a compra da arma, a vigilha da vítima etc. Pode-se dizer que nessa segunda etapa, o agente materializa o plano, sem, contudo, ingressar no plano da execução. Esta fase, aliás, não interessa ao direito punitivo e por isso não é punível, salvo as hipóteses em que o legislador tipificou como crime autônomo a preparação de delito futuro. Por exemplo, o crime de quadrilha ou bando (art. 288) e o delito de petrechos para a falsificação de moeda (art. 291) que é preparação para o delito do art. 289, todos do CP. Por fim, elucidativa a lição de Antolisei, para quem "*la fase dell'ideazione si svolge nell'interno della psiche del reo. Essa culmina nella rizoluzione criminosa, la quale di per sé sola, come si è visto, non è punibile ('cogitationis poenam nemo patitur') e ciò non tanto perché difficilmente può accertarsi, quanto perché profondo è l'abisso che intercorre fra il pensiero e il fatto, tra il proposito e la sua attuazione*" (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 477). A terceira fase é a da execução, a etapa em que o agente dá início à execução de um tipo, realizando a conduta descrita no tipo, por meio da prática do verbo nuclear deste. Aqui, pode-se dizer que o agente realiza a conduta planejada e preparada. Os atos executórios são punidos na medida da tentativa, isto é, de acordo com a proximidade da consumação. A tentativa é uma minorante que se dosa em função dessa proximidade. A quarta e última fase do *iter criminis* é a consumação, onde o agente consegue, de modo efetivo, o resultado almejado, realizando a figura típica descrita no artigo da lei penal e atacando o bem jurídico. Nessa quarta e última parte, pode-se dizer que o sujeito atinge o resultado pretendido quando da ideação, por meio da execução dos atos idealizados e preparados. Note-se que não faz parte do *iter criminis* o exaurimento, que consiste nos movimentos de lógica continuação da ação que realiza o verbo nuclear, e, portanto, já punidos quando da cominação da pena. São exemplos de exaurimento: a gravidez da vítima de estupro, a dor no delito de lesão corporal, dentre outros.

Da rápida leitura destes conceitos, depreende-se que os elementos da tentativa são o dolo, o início da execução, e a não-consumação do delito, por circunstâncias alheias ao dolo do agente, podendo-se, portanto, falar em *tipo de tentativa*, como generalização de características existentes em toda e qualquer tentativa, quando presentes esses três elementos, a saber: o *subjetivo* (dolo – decisão de realizar o crime), o *objetivo* (ação de execução específica do tipo) e o *negativo* (ausência do resultado).[8]

O dolo, como se sabe, é a intenção de praticar um delito, ou a resolução de realizar o delito, como elemento subjetivo, o *dar começo* direto a realização do tipo.[9] Segundo abalizada doutrina, dolo é a parte subjetiva do tipo penal,[10] e compreende a noção de vontade livre e consciente de realizar os elementos constitutivos do tipo penal incriminador.[11] Como ensina Jescheck: "conforme la definición corriente

8. Nesse sentido, a lição de SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 384.

9. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24. O injusto doloso se caracteriza quando uma pessoa toma uma decisão de realizar um fato apesar de conhecer (abarcar intelectualmente) todas as circunstâncias fáticas que vêm a converter este fato em um fato típico, isto é, o autor decide por uma atuação jurídico-penalmente relevante (FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal do Instituto Universitario de Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.* n. 65. Madrid: Edersa, 1998, p. 277). Ver sobre esse tema, ainda: STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentavia y delito putativo.* Traduzido por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. Ver também, na esteira desse entendimento: COSTA, José de Faria. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 69, 1993, p. 361-386.

10. Cf. LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.* Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 61. "A concepção belinguiana do tipo objetivo e o entendimento de que o subjetivo pertencia integralmente, no contexto estrutural do crime, à culpabilidade, sofreu suas primeiras fissuras com a descoberta dos chamados elementos subjetivos do injusto do tipo" (p. 61). "No entanto, com assinala com acerto Hanz Welzel, a descoberta do dolo na tentativa, como elemento subjetivo do tipo, veio a abrir caminho para a fixação do dolo no âmbito do tipo penal" (p. 62).

11. "(...) urge indagar, numa primeira abordagem, os motivos essenciais da conexão existente entre dolo e tentativa. E o ponto que, imediatamente, se nos impõe parece residir na indissociável ligação entre aquelas duas figuras jurídico-penais. Tal conexão, que pôde ser vista por alguns como correspondendo à "natureza das coisas" ou até à dimensão estrutural do ser, traduz, na sua simplicidade, a unidade axiológica que os actos com dignidade penal devem

pero imprecisa, el dolo significa conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal."[12] Imprecisa, porque não estabelece nem a estrutura, nem as características dessa figura. Desse modo, o sujeito que age dolosamente, prevê o resultado de sua conduta, deseja este resultado, e age para obtê-lo.[13]

Por essas razões, o início da execução dá-se quando o agente começa a realizar o fato que a lei define como crime (tipo), observando-se, por oportuno, que o comportamento punível vem indicado pelo verbo nuclear do tipo praticado, e esse é o parâmetro inicial para a verificação da existência ou não da tentativa. Assim, no plano prático, se um sujeito é surpreendido subindo uma escada para entrar em uma residência, não há como sustentar uma tentativa de furto, roubo, tendo em vista que não há ainda o início de alguma *subtração*; logo, não houve início da execução, não houve início da prática da ação descrita no verbo nuclear do tipo.[14] O Código Penal segue o critério objetivo para a aferição da tentativa, isto é, os atos preparatórios distinguem-se dos executórios na medida em que, embora possibilitem a prática do crime, não configuram o início de sua execução. Em virtude dessas razões, a compra da arma, a procura do lugar para a emboscada,

possuir para serem merecedores de pena: isto é, à menor intensidade do desvalor do resultado hipostasiado na pura materialidade (*res extensa*) ou mesmo à inexistência do próprio desvalor de resultado há que exigir uma maior 'intensidade' do querer delituoso (desvalor de intenção)". (COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Coimbra: Almedina,, 1995, pp. 13-14).

12. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 264.

13. Nesse sentido, Juarez Cirino dos SANTOS ressalta que "o dolo tem por objeto necessário as características do tipo objetivo, e pode ser *direito* ou *eventual* – nesse caso, se suficiente para o tipo de injusto respectivo, porque a decisão de ação típica dependente da ocorrência de condição é, também dolo (entrar na casa alheia com a intenção de subtrair alguma coisa, *se* encontrar algo de valor, é tentativa de furto)". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 384.)

14. Inclusive, ZAFFARONI e PIERANGELI exemplificam com a seguinte situação: "quando uma mulher quer envenenar o seu marido com uma comida e nela adiciona veneno, dependerá do plano concreto da autora se ela própria deve servir o alimento ao marido ou se o marido deve dele servir-se diretamente para que, na primeira hipótese, existe ainda um ato preparatório e, na segunda, uma tentativa." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53).

a realização da pontaria, são atos preparatórios. Num momento mais avançado, portanto, o disparo em direção à vítima configura o início da execução.[15] A matéria pode ser assim exposta: os atos preparatórios não são puníveis; os executórios, noutro plano, o são. Nos atos preparatórios, o agente pode não realizar o verbo nuclear indicativo da figura típica planejada, se quiser desistir; enquanto nos atos executórios, o agente deve parar a realização do verbo nuclear do crime perpetrado, para desistir de sua consumação. Caso haja dúvida intransponível sobre o caráter preparatório ou executório do ato, deve-se decidir sempre pelo primeiro.

Já a não-consumação do crime por circunstâncias alheias a vontade do agente é o elemento caracterizador da tentativa, o elemento negativo, por alijar a conduta do resultado pretendido, seja em função da execução iniciada e abandonada, ou iniciada e impedida pelo próprio agente, ou iniciada e não consumada por problemas relativos a esfera pessoal do agente, ou, ainda, iniciada e não consumada por interferência de terceiros.

Cabe, aqui, uma rápida definição sobre a distinção operacionalizada entre a tentativa perfeita e a imperfeita, que reside, fundamentalmente, na possibilidade ou não de esgotar os atos de execução. Na tentativa dita perfeita (acabada, frustrada, ou crime falho), o agente executa todos os atos de execução disponíveis, ou pode realizá-los, mas não consuma o resultado pretendido por motivos alheios a sua vontade, ou por ter o agente *trocado* sua vontade inicialmente dirigida a um crime. (Por má pontaria erra todos os disparos – tentativa perfeita –, ou erra os dois primeiros disparos e desiste do intento criminoso, abandonando a execução – desistência voluntária[16] –; ou, ainda, acerta o primeiro tiro e, arrependido, busca auxílio para

15. Outro exemplo, para esclarecer, é o fato de alguém apontar uma arma para outrem: se pretendia o delito de homicídio, estar-se-á diante de meros atos preparatórios; se o sujeito pretendia o crime de ameaça, ter-se-á consumado o crime no momento em que a vítima tenha visto a arma para si apontada.

16. A desistência voluntária consiste numa abstenção de atividade: o sujeito cessa o seu comportamento delituoso. Assim, só ocorre antes de o agente esgotar o processo executório, sendo somente cabível na tentativa perfeita, uma vez que nela o sujeito *pode* esgotar os atos de execução.

minorar as conseqüências de sua conduta – arrependimento eficaz[17] –; ou acerta a vítima que é salva no hospital –tentativa perfeita).

Já na tentativa imperfeita o agente é impedido de continuar executando os atos que havia planejado ou que teria a sua disposição; ou seja, existe uma interferência de terceiros, que não tem o condão de lhe modificar o dolo inicial. (Por exemplo: o agente dispara contra a vítima e é impedido de continuar atirando pela interferência de um terceiro, ou o projétil não estoura etc.) Note-se que a distinção figura apenas no plano teórico, e serve para explicitar as situações em que residem a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, isto é, que diferenciam e esclarecem a modificação do dolo do agente. Evidentemente, seja a tentativa perfeita ou imperfeita, o tratamento será o mesmo: redução da pena cominada ao delito consumado de um a dois terços, em função da proximidade com o resultado pretendido, ressalvadas as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz, onde o agente responde apenas pelos atos já praticados, caso estes sejam puníveis (art. 15, do CP), por força da *troca de dolo*, e as de crime de atentado, onde o verbo nuclear é *tentar*, e se consuma com a simples tentativa, recebendo, portanto, a pena de crime consumado.[18]

Pode acontecer nos crimes materiais ou formais, porém não nos de mera conduta, pois nestes o início da execução já constitui consumação. Possui dois requisitos básicos: 1.º) o agente não ter esgotado os atos executórios; 2.º) a conduta ter caráter negativo (não continuar a agir). O indivíduo, por força da troca de dolo, demonstrada pelo abandono da execução, apenas responde pelos atos já praticados, se estes forem puníveis autonomamente. Essa é a regra do art. 15, do CP.

17. O arrependimento eficaz tem lugar quando o agente, tendo já ultimado o processo de execução do crime, desenvolve nova atividade impedindo a produção do resultado. Verifica-se, portanto, quando o agente ultimou a fase executiva do delito e, desejando evitar a produção do evento, atua para impedi-lo. Só é possível no crime falho (tentativa perfeita, onde o agente esgota ou pode esgotar os atos de execução) e nos crimes materiais (aqueles que necessitam de um resultado naturalístico). Possui três requisitos básicos: 1.º) o esgotamento dos atos executórios; 2.º) movimento positivo (o agente tem que agir para evitar o resultado); 3.º) efetivo impedimento do resultado. O indivíduo, por força da troca de dolo, demonstrada pelo abandono da execução, apenas responde pelos atos já praticados, se estes forem puníveis autonomamente. Essa é a regra do art. 15, do CP.

18. Exemplos: art. 352 do CP ou o art. 17 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83).

A tentativa, consoante ao exposto no parágrafo único do art. 14 do CP, é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Essa minoração leva em conta o *perigo para o bem jurídico protegido* no tipo penal (teoria do autor ou teoria objetiva, assumindo que o direito penal tem por objetivo a proteção de bens jurídicos), ou o *abalo da confiança jurídica da comunidade* (teoria da impressão, assumindo que a tarefa do direito penal é estabilizar as expectativas normativas da população).[19] O nosso Código Penal adotou a teoria subjetivo-objetiva, partindo da teoria da impressão para punir a vontade contrária a uma norma de conduta, desde que esta venha a ferir profundamente a confiança da coletividade na vigência do ordenamento jurídico, e estabelecendo a quantidade de pena pela proximidade da ocorrência do resultado, ou colocação em perigo do objeto protegido pela norma.[20]

O crime impossível, por sua vez, é uma espécie de tentativa não punível, pela impossibilidade concreta de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Existe uma tentativa inidônea,[21] quando a ação do autor dirigida à realização de

19. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006, pp. 388-389.

20. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

21. A legislação brasileira, e consequentemente a doutrina que dela emana, não fazem diferença quanto aos conceitos de tentativa inidônea e delito impossível, tratando-os como sinônimos (Por todos, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 389). Entretanto, nesse passo, devemos referir a lição de MAURACH no sentido de que na tentativa inidônea o sujeito pretende levar a cabo uma agressão a um bem jurídico punível, que vem, de fato, cuja consumação não é possível, ao passo que o delito impossível é caracterizado pelo fato de que o autor considera punível sua conduta, a qual é irrelevante para o ordenamento jurídico. (MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 56.) Em outras palavras, o que na doutrina alemã é tentativa inidônea, chama-se no Brasil de crime impossível; e o crime impossível deles corresponde ao nosso delito putativo. Aliás, sobre essa distinção, vale a lição de ZAFFARONI e PIERANGELI no sentido de que "através de expressão própria de seu tempo, a ausência de tipo foi claramente enunciada por Carmignani, que a chamou de 'causas legais que eliminam a qualidade de tentativa'. 'Sirvam de exemplo – dizia – o caso de um furto de coisa própria e o concubinato com a própria mulher, de que fala Boccaccio'. Na realidade, a impossibilidade de

um tipo penal não pode chegar à consumação nas circunstâncias dadas, seja por razões fáticas, seja por razões jurídicas.[22] Assim, diz o art. 17 do CP que "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". Por *ineficácia absoluta do meio* deve se entender o meio totalmente inadequado ou inidôneo para alcançar o resultado criminoso. Já *impropriedade absoluta do objeto* é o *objeto* material do crime que se apresenta absolutamente *impróprio* para que o delito se consume. (As facadas em um cadáver ou as práticas abortivas em mulher não gestante.) A ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser constatadas como absolutas, para excluir o tipo.[23] A relativa ineficácia, ou impropriedade, é punível

delito que não é tentativa inútil é a forma de 'erro de tipo ao revés', mas necessário advertir-se que existe um erro de tipo em qualquer tentativa, só que na tentativa opera-se a inversão de um erro sobre a causalidade e na ausência de tipo se inverte um erro sobre qualquer dos restantes elementos do tipo objetivo. Com efeito, na tentativa (idônea ou inidônea) o agente sempre quer o resultado e a causalidade se desvia do previsto, de maneira que não pode terminar a conduta ou causar o resultado. É uma inversão do erro de tipo na forma de erro acerca da causalidade, porque neste a causalidade se desvia de maneira a dar lugar à tipicidade objetiva, mas elimina a tipicidade subjetiva. Na impossibilidade do delito, por ausência de tipo, o que se inverte é um erro sobre o objeto, sobre o sujeito passivo, sobre a própria qualidade do sujeito ativo, sobre as circunstâncias etc. que o autor imagina, mas que não existem além da sua imaginação. Esta é, precisamente, a ausência de tipo, ou seja, a inversão do caso em que o autor ignora qualquer desses elementos quando existentes na realidade. A distinção entre a ausência de tipo e o "delito imaginário (ou delito putativo) é, em princípio, possível, posto que a ausência de tipo seria uma inversão do erro de tipo que afeta qualquer dos elementos do tipo que não seja a causalidade, enquanto que o delito imaginário seria uma inversão do erro de proibição. Não obstante, tão imaginário é o delito em um como no outro caso. Não há delito senão na imaginação do autor, como quando se supõe que se leva o guarda-chuva alheio e se está levando o próprio". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 76-77). No mesmo sentido, ainda, segundo SEMER, "a noção de crime impossível é ampliada para além da tentativa inidônea em relação aos crimes – como a falsidade documental grosseira – que são incapazes de atingir a lesão ao bem jurídico, ainda que não se exija no ato um resultado naturalístico" (SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18).

22. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 31.

23. Cf. SEMER: "encontra-se, pois, a tipicidade da tentativa não só no início da execução de um delito sem consumação, mas também em uma execução que não seja absolutamente inidônea. Como estamos, temos na tentativa absolutamente inidônea (art. 17) uma causa de exclusão da tipicidade da tentativa (art. 14). Mais razoável, até o ponto de vista sistemático,

na modalidade de tentativa. *In thesi*, portanto, uma arma descarregada é inidônea para matar alguém a tiros; entretanto, se a vítima for cardíaca, por exemplo, o meio torna-se relativo, e passível de punição. Por força da teoria objetiva, adotada no Brasil, leva-se em conta para a punição da tentativa, o risco objetivo que o bem jurídico sofre; sendo assim, no crime impossível o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é inteiramente impróprio.[24] Daí porque não haver punição.[25] A punição da tentativa exige o início dos atos executórios, minimamente capazes de consumar o delito; e, por isso, aquela atividade que não traduzir uma capacidade plausível de concretizar o resultado visado pelo agente não representa uma possibilidade de lesão ao bem jurídico, não sendo passível de punição.[26]

No presente caso estudado, o autor do fato fora processado por estelionato consumado, o que, às claras, não se pode admitir, pois, no mínimo, se pode estabelecer uma dúvida sobre a possibilidade de realização do tipo pretendido pelo meio utilizado. Caso se aceitasse que o autor do fato agiu com dolo de estelionato; e se aceitasse que ele tenha dado início a execução, mas que essa não seja suficiente para ocasionar, por si só, o resultado, pois é previsível que o banco confira as assinaturas apostas nas cártulas, não podendo a conduta por si

seria que o legislador reunisse estes dois requisitos de tipicidade da tentativa num só dispositivo, referindo-se desde logo à existência do início *idôneo* à execução. Em resumo, o início da execução de um delito com meios ou objetos inidôneos não é tentativa – e, portanto, está alheio à tipicidade" (SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 141).

24. "A tentativa de roubo contra pessoa que não trazia dinheiro ou valor algum é crime impossível, pois há inidoneidade absoluta do objeto" (*RT* 573/367). Em sentido contrário: "a ausência acidental de dinheiro com a vítima de roubo é impropriedade relativa de objeto, não configurando crime impossível, mas sim, tentativa punível (...) Há crime impossível se a coisa que se pretendia furtar estava protegida por aparelho de alarme que tornava absolutamente ineficaz o meio empregado para a subtração da coisa" (*RT* 545/373). "É só relativa a ineficácia, se o agente deu veneno a vítima mas em quantidade insuficiente para matá-la". (*RT* 613/303).

25. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 322.

26. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 728.

só ocasionar o resultado (por circunstância alheias a vontade do agente), teríamos configurada a tentativa de estelionato. Por outro lado, se o meio de execução for absolutamente incapaz de produzir o resultado, mesmo havendo dolo, entende a doutrina, como demonstrado acima, não existir tentativa, ou, em outras palavras, haver tentativa impossível. Se o autor do fato conhece o meio utilizado e o curso causal que este desencadeia e, às claras, esse meio de execução não é capaz de produzir, por si só, o resultado, estar-se-á diante de uma tentativa impossível por ineficácia absoluta do meio.

2. Do erro sobre o nexo causal

Em uma abordagem inicial, registre-se que o nexo causal é a relação necessária entre a conduta de um agente e o resultado relevante para o Direito Penal. É a imputação física do crime, *imputatio facti*;[27] e esta é a operação que precede à tipificação da conduta. Diante de um evento que pode ser delituoso, a investigação de suas causas é ilimitada. No instante, porém, em que se deve subsumir a conduta num tipo, é preciso analisar quais as ações que têm relevância jurídica. E isto só se consegue com a tipificação da conduta no "verbo" que constitui o núcleo da descrição legal. A causalidade é um problema prévio em face da tipicidade.[28] Nesse

27. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 236. Ensina Frederico Marques que a *imputatio facti* consiste na relação que deve existir, no mundo físico, entre uma conduta humana e um resultado, para que este possa ser atribuído a quem praticou a ação ou a omissão de que deriva. "A questão da causalidade material deve situar-se na esfera da adequação típica e se reduz à averiguação sobre a conduta causal nos crimes em que o legislador, ao cunhar o tipo, não deu formas específicas à ação produtora do evento. Ponto de partida para essa pesquisa está na *imputatio facti*, a qual será fixada de acordo com a doutrina da equivalência. Qualquer condição pode ser imputada a alguém, como causa do resultado, uma vez que o legislador não fixou especificamente o *modus operandi* a que se prende o evento". (MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 94-96). No mesmo sentido: LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 58-60.

28. MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 97.

contexto, para a determinação do nexo causal, deve-se investigar, inicialmente, o que é causa do resultado e como se imputa o resultado a um agente. Ou seja, nos delitos de ação existe relação de causalidade quando o comportamento ativo condicione o resultado, isto é, quando a ação contribua conforme as leis das ciências da natureza (científico-naturalmente) para a lesão do bem jurídico.[29] Isto significa que só se cuida da causalidade nos delitos de forma livre em que a conduta humana não vem cunhada, dentro da configuração legal da norma incriminadora, em tipos delitivos, os quais descrevam ações ou omissões com traços especiais e circunstanciados. Nos delitos de forma livre, em que há conduta e resultado, aplica-se a teoria da equivalência das condições, ou *conditio sine qua non*, procurando-se, no campo da *imputatio facti*, a existência de relação condicionante, por meio do método de supressão hipotética do antecedente.[30] Faz-se desde logo uma diferenciação entre causalidade e imputação do resultado. A causalidade seria decidida pela teoria da condição. A imputação teria por base a *relevância jurídico-penal do processo causal*, que só reconheceria as condições *tipicamente adequadas* a produzir o resultado, sob o enfoque da *finalidade protetiva da norma* e as particularidades concretas do tipo legal de crime.[31] Nessa perspectiva, pois, pode-se verificar que a separação entre *causação* e *atribuição* do resultado, expressões dos processos de determinação causal e de atribuição pessoal do resultado, ajudou a resolver antigos problemas da teoria da equivalência das condições.[32]

29. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. XLVII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1994, Ministério de Justicia e Interior: Madrid, p. 7.

30. MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 101. Nesse sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídicos, 2004, p. 104.

31. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 221.

32. "1. O resultado é o produto real de todos os fatores que o constituem: no limite, a ação do médico que protela a morte inevitável do paciente é condição do resultado de morte deste, porque na existência real do acontecimento concreto: contudo, como a causalidade não é o único critério de atribuição, a mera existência da condição não permite atribuir o resultado de morte ao médico. 2. A relação de causalidade é interrompida somente por curso causal

O nexo causal, portanto, tem realce apenas em alguns delitos, por exemplo, homicídios, lesões corporais, incêndio[33] e outros crimes materiais de forma livre. No campo do direito penal, na verdade, das inúmeras teorias[34] que surgiram acerca

posterior absolutamente independente, que produz o resultado anulando ou destruindo os efeitos do curso causal anterior: 'A' coloca veneno na comida de 'B', que morre em acidente de trânsito, ou varado pelo projétil disparado por terceiro, antes de qualquer ação do veneno. A independência do novo curso causal deve ser absoluta, não basta independência relativa: se, por causa do mal-estar produzido pela ação do veneno, o acidente ocorre no trajeto para o hospital onde 'B' procura socorro médico, então a ação de 'A' é fator constitutivo do resultado concreto, e, desse modo, causa do resultado. Essa conseqüência decorre da separação entre causação e atribuição do resultado, que permite admitir, sem necessidade de disfarces ou razões artificiosas, relações causais realmente existentes – como é o caso das hipóteses da chamada independência relativa –, deixando a questão da atribuição do resultado para ser decidida por outros critérios. É importante notar que a lei brasileira considera a independência relativa do novo curso causal como excludente da imputação do resultado – e não como excludente da relação de causalidade – admitindo, portanto, a moderna distinção entre causação e atribuição do resultado (art. 13, § 1.º)" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 53).

33. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 174.

34. "*Teoria da eficiência*: causa é a força que produz um fato. *Teoria da causa próxima*: é preciso distinguir entre causa (causa imediata) e condição (causa remota). *Teoria da causa decisiva*: causa é o elemento dinâmico que decide da espécie do efeito. Os elementos estáticos são simples condições e, como tais, juridicamente imponderáveis. *Teoria do equilíbrio*: causa é a força última que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento. *Teoria da condição insubstituível*: só é causa a condição indispensável em relação ao evento. *Teoria do movimento atual*: causa é o movimento atual, em contraposição ao estado inerte. *Teoria da causa humana exclusiva*: para a existência do nexo da causalidade, em sentido jurídico, é necessário que o homem, com sua ação ou omissão, tenha posto em ato uma condição do evento, e mais que a produção deste não se tenha verificado pelo concurso de fatos excepcionais (raríssimos), pois, se tal concurso advém, o nexo entre a ação ou omissão e o evento é simplesmente ocasional, e não basta para que se possa imputar o evento ao agente ou omitente. *Teoria da causa relevante para o direito penal*: causa, do ponto de vista lógico, é qualquer condição, mas a existência do nexo causal não induz *a priori* a relevância deste para o direito penal: só é juridicamente relevante a causa idônea (a idoneidade, aqui, diversamente da teoria de Von Kries ou da causalidade adequada, não é necessária para a existência do nexo causal, mas para a relevância jurídico-penal). *Teoria da causa típica*: não existe propriamente um problema de causalidade, mas apenas a questão de enquadramento do fato no tipo penal, a teoria da causalidade não pertence à teoria da ação, mas a do conteúdo de fato do crime, segundo o tipo legal". (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 62). No mesmo sentido: BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 50-51. Ainda nesse sentido, a lição de REALE JÚNIOR, para quem "a *teoria da causalidade humana exclusiva*,

do nexo de causalidade, duas grandes linhas de idéias devem ser destacadas: a *teoria da equivalência das condições* e a *teoria da causalidade adequada.* Ambas, em uma perspectiva pontual, procuram dotar de características típicas a causalidade, e pode-se dizer que são as mais importantes teorias sobre relação de causalidade. Vejamos, separadamente, cada uma delas.[35]

Pela teoria da *conditio sine qua non*, ou da *equivalência das condições*, considera-se *causa* toda condição do resultado, todo fato que concorra para produzi-lo, todo fato sem o qual o resultado não se teria produzido. Se, mentalmente, perante a ocorrência verificada, se abstrair a contribuição causal a que se quer dar o valor de condição, e se concluir que, suprimida a sua atividade, o resultado não apareceria, não se terá dúvida de que aí se achará, autenticamente, uma condição, com o pleno valor de causa.[36] Aqui, todas as condições são igualmente necessárias ao resultado concreto, porquanto se uma delas for suprimida, mentalmente, o efeito

formulada por Antolisei, para o qual a causalidade deve ser encarada sob ângulo da consciência humana, através da qual o homem apreende e prevê as circunstâncias que interferem no encadeamento causal. A *teoria perigosa*: deve-se a Grispgni a formulação dessa outra variante da teoria da causalidade adequada. Segundo o mestre italiano, a análise de relevância causal da condição deve ser feita com referência ao contexto, no qual se efetua a ação, tendo-se em conta as "circunstâncias preexistentes, concomitantes e previsivelmente subseqüentes" (REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 177). Ainda, "as *teorias individualizadoras* procuram destacar um antecedente do resultado para lhe atribuir o caráter de causa. A *teoria da preponderância*: causa é a condição que rompe o equilíbrio entre as condições positivas e negativas ocorrentes e dá a direção decisiva para o resultado. Na *teoria da causalidade próxima*: seguida por autores franceses, a causa se identifica com as condições mais diretas e imediatas do resultado" (MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 93). E, por fim, é de referir-se que um estudo bastante completo e amplo sobre este tema, encontra-se em: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal.* 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídicos, 2004. E, ainda,: VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexo causal.* Campinas: LZN, 2003. [Grifamos].

35. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 48-49.

36. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* v. 1. t. I. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 219. Refere, ainda, o referido autor que "Nas aplicações jurídico-penais, o seu temperamento efetua-se consolidando-se a correlação entre a causalidade material ou objetiva e a subjetiva ou psíquica: para responder penalmente, não basta que o indivíduo tenha movido uma *conditio sine*

desaparecerá, e por meio da supressão da conduta de alguém é que se verifica a existência da *imputatio facti*: se o resultado ocorresse mesmo sem a conduta em foco, esta não se apresentaria como causa do evento.[37] Para a teoria da equivalência dos antecedentes causais – como é também conhecida a teoria da *conditio sine qua non* –, segundo Hungria, causa é toda condição do resultado, e todas as condições se equivalem. Existirá relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre que este não subsista sem a presença de uma daquelas, isto é, quando não se possa, no universo subjetivo, supor excluída na série causal a ação ou a omissão, sem admitir-se que, *in concreto*, o resultado teria deixado de ocorrer.[38] Causa, como refere Bruno, não é o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessária à produção do resultado, uma vez que todas se equivalem, e por uma delas importa em assumir um nexo causal com o resultado. Nesse ponto, "só em pôr essa condição, o atuar do agente se fez causa do fato ocorrido. O decisivo é que

qua non. Deverá tê-lo feito com suficiente dose de elemento subjetivo". (GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. I. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 220).

37. MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 92-93. Como exemplo disso refere o citado autor: "É o caso, *v. gratia*, do indivíduo que dá uma facada em outro que com ele se encontra num barco. Depois dessa agressão, a embarcação é tragada por uma onda mais forte e aquele que levara a facada vem a morrer, por não saber nadar. Em tal hipótese, incabível será atribuir-se ao autor da facada, a prática de um homicídio consumado, pois *supresso in mente* o ato de agressão, verificar-se-á que a morte teria ocorrido da mesma forma." (Idem).

38. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 61. Segue o citado autor: "Dentro da lógica da teoria da equivalência (endossada pelo *caput* do artigo 11), o resultado 'morte' teria de ser imputado a Tício, pois, se não fora a ação deste, Mévio não teria sido levado para o hospital e, portanto, não teria sido vítima da troca do remédio por veneno. É força, porém, convir em que há relativa independência entre a ação de Tício e a causa sucessiva: não se achava esta na linha de desdobramento físico (ou anátomo-patológico, como diz Montalbano) do resultado da ação de Tício. Sobreveio, com o descuido da enfermeira, um novo processo causal, que se substituiu ao primitivo, acarretando, por sua exclusiva eficácia, o resultado 'morte'. Tício deve responder somente por tentativa de homicídio. Se se abstrai o conceito ideológico de causalidade, não há dúvida que, no caso figurado, como acentua Pergola, se apresentam dois processos causais distintos e autônomos: um que vai da ação de Tício até a lesão corporal de Mévio, com os seus consectários físicos ou anátomo-patológicos (certos ou eventuais), e outro que vai da inadvertência da enfermeira até a morte de Mévio." (HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 68).

sem essa condição o resultado não pudesse ocorrer como ocorreu. Que, eliminada mentalmente a condição, desaparecesse do mesmo modo o resultado – o chamado processo hipotético de eliminação".[39] O art. 13, *caput* do CP, refere: "o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido." Dessa leitura se extrai que o Código Penal brasileiro adotou a teoria da equivalência das condições,[40] que dominante na literatura e jurisprudência contemporâneas, pode ser reduzida a dois conceitos centrais: a) todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, equivalentes; b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem excluir o resultado. Nesse sentido, causa é uma *conditio sine qua non* do resultado, isto é, a condição sem a qual o resultado não poderia ocorrer: se um motorista embriagado dirige na contramão e provoca uma colisão, a ingestão de álcool deve ser definida como *causa* do acidente, porque excluída mentalmente essa condição, o motorista teria dirigido na correta mão de direção, e o acidente não teria ocorrido.[41] A crítica que se faz à teoria da equivalência das condições reside no fato segundo o qual, pelo método

39. BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 201-202.

40. "Adotou-se, aí, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*. Esta teoria equipara a causa tudo quanto possa ter concorrido para o resultado de modo indispensável. E, para se saber se determinada condição, posta por alguém, concorreu, ou não, de modo indispensável ou necessário, para o resultado, basta fazer-se abstração mental daquela condição e verificar se, sem ela, o resultado teria ocorrido. Assim, se B não tivesse agido como agiu, o resultado R teria ocorrido? Se a resposta for negativa, o comportamento de B há de ser considerado causa do resultado R, pois este não ocorreria se B não tivesse feito o que fez. Quer dizer, quando se verifica que o resultado ocorreria com ou sem, a contribuição do agente, é lógico que não poderá este responder por aquele. Por exemplo, se o indivíduo ferido é fulminado por um raio, que caiu sobre sua casa, é óbvio que o autor do ferimento não pode responder pelo resultado morte, pois, mesmo que aquele indivíduo não tivesse sido ferido, a sua morte teria ocorrido como conseqüência do raio. Diz-se, então, que o ferimento não foi *conditio sine qua non* do resultado, pelo que não se poderá estabelecer relação de causalidade entre a ação do agente e o resultado morte" (LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal. Parte geral.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107).

41. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 49.

eliminatório, terminar-se-ia por alcançar a mais remota das condições, à qual se atribuía a qualidade de causa, pela circunstância de ser, mesmo que longinquamente, necessária igualmente à realização do resultado.[42] Por fim, vejamos o exemplo que traz Reale Júnior ao explicar esta teoria: "A fere levemente B, que deve, contudo, ser atendido em um pronto-socorro, onde ocorre um incêndio, em razão do qual B vem a falecer. Pela teoria da equivalência das condições, a lesão produzida em B é causa de sua morte, pois com a eliminação hipotética do ferimento B não teria de ser atendido no pronto-socorro, onde ocorreu o incêndio."[43] Para a teoria da equivalência das condições, portanto, responde pelo resultado todo aquele que, com sua ação, produziu, de qualquer maneira, condição necessária a sua realização, o que gera a idéia de "regresso ao infinito", sua maior crítica.

Já a *teoria da causalidade adequada*, ou teoria da *adequação*, considera causa a conduta *adequada* para produzir o resultado típico, excluindo condutas produtoras do resultado por força de acidente.[44] Causa é a condição em geral idônea, apta a produzir o resultado. Não é, portanto, qualquer condição.[45] Causa,

42. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178. No mesmo sentido a lição de MARQUES: "A condição da *causa efficiens*, a condição daquela condição 'e assim até ao infinito' estariam no fluxo causal a que se prende o evento, pelo que qualquer ação ali existente poderia ser apontada como causa do resultado. Até os pais da vítima e os pais do delinqüente, num crime de homicídio, deveriam responder pelo resultado, uma vez que, suprimindo-se *in mente*, ou o nascimento do autor do crime, ou o do ofendido, verificar-se-ia a não ocorrência do evento. Para impedir que a incidência da norma punitiva se opere em termos tão amplos e esdrúxulos, o enquadramento típico se fará com a separação e escolha das condutas verdadeiramente relevantes, no campo da tipicidade, para a configuração da espécie delituosa. Assim como a tipicidade individualiza a ação, soldando e aglutinando seus vários momentos e fases; assim como a tipicidade indica qual o resultado delituoso dentre os vários efeitos que a ação provoca – assim também ela operará no tocante aos antecedentes do evento, apontando a conduta causal relevante para a existência do crime." (MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 96-97.)

43. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

44. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 55.

45. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. I. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 221. Anota, sobre o tema, SANTOS: "Contudo, se a causa é condição adequada para

segundo o ensinamento de Bruno, é a condição que se mostra mais adequada para produzir o resultado, com o que, de plano, se elimina a idéia da equivalência das condições. Dentre as diversas forças condicionantes do resultado, destaca-se como causa a condição que, segundo a experiência comum e o julgamento normal dos homens, se mostra mais apta a determinar um resultado. Essa é a causalidade típica ou adequada, oposta à causalidade não adequada ou fortuita, a qual só por acidente pode relacionar o ato com o resultado.[46] Pelas palavras

produzir o resultado típico, então a teoria da adequação não é simples teoria da causalidade: Pretende resolver, simultaneamente, questões de atribuição, porque identificar a causa adequada para o resultado típico é, também, identificar o fundamento da atribuição do resultado do autor, como obra dele. Como nota ROXIN, a teoria da adequação não é apenas uma teoria específica da causalidade, mas não constitui, ainda uma teoria da atribuição típica. MEZGER redefiniu a teoria da adequação como teoria da relevância jurídica, com o propósito de distinguir entre causação e atribuição do resultado: a causação do resultado, fundada na teoria da equivalência: a atribuição do resultado, fundada na relevância jurídica da causalidade, definida por sua adequação ao tipo legal. Hoje, enquanto setores da doutrina consideram a teoria da relevância capaz de permitir precisa separação entre causação e atribuição objetiva do resultado, outros a consideram (assim como a teoria da adequação) simples precursora de uma teoria geral da atribuição típica." (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 56-57) Nesse sentido, explica TAVARES que "a primeira seqüência de idéias acerca do tratamento desses fatos foi fruto da teoria da causalidade adequada, que não é propriamente uma teoria da relação causal, mas uma teoria da imputação, porque pretende limitar a causalidade natural, segundo parâmetros juridicamente aceitáveis. Para essa teoria, causa é apenas a condição tipicamente adequada a produzir o resultado. Causa, portanto, não será qualquer condição, como propõe a teoria da condição, mas só aquela conduta que represente uma tendência geral à produção de um resultado típico. (...) Causa adequada vem a ser a causa provável de um resultado, avaliada segundo um critério objetivo, denominado prognose posterior objetiva. Na determinação da causalidade, a teoria da adequação parte, primeiramente, da fórmula da eliminação hipotética. Se, através de seu emprego, se concluir que inexiste causalidade, esta conclusão deve ser respeitada, porque baseada em dados naturais incontestáveis. Se, porém, afirmar-se a causalidade pela teoria da condição, isto não quer dizer que essa causalidade seja igualmente adequada a produzir o resultado, devendo-se, então, aplicar o critério da prognose posterior objetiva. Por exemplo, nos delitos qualificados pelo resultado, o resultado mais grave – como a morte no latrocínio – deve ser produzido pela violência empregada pelo agente e não decorrer do fato em geral ou de um enfarte da vítima, salvo se o agente conhecia a circunstância de ser ela também cardíaca ou que isto pudesse ser objetivamente previsível em face de suas reações ou estado emocional". (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 219-220).

46. BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 202. Refere ainda, o citado autor que "Na determinação da causalidade adequada, o que importa é se há um nexo normal prendendo o atuar do agente como causa ao resultado como efeito. O problema se resume, então, em assentar se, conforme o demonstra a expe-

de Hungria, para a teoria da causalidade adequada causa é a condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno. Também esta teoria não distingue entre causa e condição: todo antecedente é causal, desde que se apresente como fator típico, isto é, desde que mantenha com o fenômeno uma relação de regularidade estatística (uma relação de constância, segundo *id quod plerunque accidit*).[47] Portanto, para a teoria da causalidade adequada causa é a condição mais adequada a produzir o resultado. Em suma, dentre os diversos elementos que condicionam um evento, a causa será aquele mais apto a produzi-lo. Essa teoria distingue a causa da ação e elimina a idéia da equivalência das condições, conseqüentemente. Para ela, o atuar do agente não deve ser uma simples condição necessária, mas uma causa adequada, excludente do acidental imprevisível, razão pela qual penetra na área da responsabilidade penal, não fazendo parte do terreno do conceito de causa.[48]

As críticas opostas a essa teoria, como explica Basileu Garcia, são, em primeiro lugar, ter o defeito de imiscuir, com o problema da causalidade material, elementos de indagação totalmente estranhos, como o da imputabilidade e o da antijuridicidade, pois será com o auxílio desses dados que se irá perquirir a adequação da suposta causa. Além disso, prefixar o caráter adequado de uma condição é, freqüentemente, temerário. E, em concreto, ocorrido o evento, para o qual confluíram todas as condições, não se poderá dizer que uma só delas o pro-

riência da vida, o fato conduz normalmente a um resultado dessa índole; se esse resultado é conseqüência normal, provável, previsível daquela manifestação de vontade do agente. O fundamento desse juízo é um dado estatístico, é um critério de probabilidade. [...] A teoria da adequação, utilizando o critério da previsibilidade, transcende do domínio próprio da causalidade e penetra no da responsabilidade penal. Como diz Battaglini, introduz um juízo de cálculo subjetivo, enquanto se trata apenas da produção de um fenômeno. Além disso, como pondera Von Liszt, faz depender a solução do problema de um número ilimitado de pressupostos". (BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral*. 5. ed. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 203-204).

47. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 61.

48. BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

duziu.[49] Ainda, critica-se a teoria da causalidade adequada, no sentido de que se assenta em uma *abstração*, ou seja, na prognose póstuma da normal eficácia causal apreensível ao homem médio, e não na verificação das forças, que atuaram no fato concreto e de sua percepção pelo agente.[50] Entretanto, a principal crítica oposta, se pode dizer, é que ela não é uma teoria que determina a causalidade, constituindo-se em teoria de imputação, e "a doutrina moderna recusa a adequação enquanto teoria da causalidade, para considerá-la uma teoria da imputação",[51] isto porque ela não dispensa a teoria da equivalência das condições, mas dela necessita para determinar, dentre as possíveis causas apontadas pela *conditio sine qua non*, qual a mais adequada a produzir o resultado.

O Código Penal, ao disciplinar a relação de causalidade, dispôs em seu art. 13: "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido", e em seu § 1.º, estabeleceu: "a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou".

Do texto do Código Penal extrai-se a idéia de que sem causalidade não há imputação, pois o Código exige, para a imputação do resultado, que tenha sido ele causado pelo sujeito (princípio da *responsabilidade pessoal*).[52] O fato é que nenhuma das teorias relativas à determinação do nexo de causalidade resolve a contento (e de forma absoluta) a questão, e nem por isso grandes dúvidas sucedem no plano prático. Tal ocorre porque as teorias desconhecem que o intérprete, na aplicação do direito, apreende por imposição do real e constrói a partir da estrutura da ação

49. GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. I. São Paulo: Max Limonad, s/d, pp. 221-222.

50. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179.

51. GRECO, Luís. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

52. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 207.

a regra descritiva do válido no âmbito do direito.[53] Dessarte, se pode afirmar que o direito penal brasileiro adotou a teoria da equivalência das condições (art. 13, *caput*, CP), minimizando o âmbito da relevância causal pelo disposto no § 1.º do art. 13, que introduziu alteração essencial não só em atendimento ao que a doutrina vinha consagrando, mas como conseqüência da construção típica da causalidade, ou seja, da causalidade relevante ao direito penal, segundo o perfil normativamente desenhado.[54] Em outras palavras, em relação aos delitos comissivos, pode-se afirmar que o *caput* do art. 13 é determinado pela teoria da *conditio sine qua non* e limitado pelo § 1.º (que introduz a teoria da causalidade adequada) e pelo elemento subjetivo do agente, como limite para a tendência do regresso ao infinito.[55]

Por fim, e para dirimir eventuais dúvidas, tomemos o exemplo trazido por Mestieri: "A", dirigindo imprudentemente, ocasiona lesões graves em "B"; removido para o hospital, ["B"] deixa de receber tratamento adequado, por descaso e por erro médico, vindo a falecer. O comportamento do corpo médico do hospital vem a ser uma *causa relativamente independente*, porque interfere na cadeia causal primitiva, provocada por "A", e determina o resultado morte, que, de outro modo, provavelmente não teria ocorrido. Nesse caso, "A" não responderá por homicídio por ação culposa, mas por lesões culposas.[56]

Significa dizer que se o nosso Código adotasse apenas a teoria da equivalência das condições, "A" também seria responsabilizado pelo evento morte (pois se não tivesse dirigido imprudentemente, não teria ocorrido o atropelamento e, consequentemente, "B" não teria sido levado ao hospital). Entretanto, o Códi-

53. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179.

54. Nesse sentido: MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 236; REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 174; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

55. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 178-179.

56. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 236.

go Penal adotou a teoria da causalidade adequada como limitador da teoria da *conditio sine qua non*. Por isso, responde pelo resultado aquele que pratica a causa mais "adequada" para a produção do evento. No caso do exemplo acima, o corpo médico, que negligencia o atendimento às lesões de "B" (supondo-se que, nesse caso, o correto atendimento pudesse evitar o evento morte), uma vez que causa mais "adequada" do que a ação praticada por "A", para produzir o resultado, isto é, causa superveniente relativamente independente que por si só produziu o resultado, como estabelece o § 1.º do art. 13, devendo aquele que pratica a ação anterior ("A", que causa as lesões) responder apenas por sua ação: lesão corporal culposa, no exemplo.

Resumidamente, o Código Penal adota a teoria da equivalência das condições, no *caput* do art. 13, temperando a causalidade com a adoção da teoria da causalidade adequada no § 1.º do referido dispositivo, o que nos permite afirmar, sem sombra de dúvidas que dentre as causas hipoteticamente levantadas como produtoras do resultado, será responsabilizado aquele que praticar a causa mais adequada, ou, a causa determinante do resultado previsto no tipo.

Nesse passo, pois, analisemos a questão que impulsiona esse estudo: o autor do fato subtraiu folhas de cheques de alguém e escreveu o nome do correntista, sem a preocupação de torná-la parecida com a original, com sua própria letra, e apresentou essas cártulas à instituição bancária. Eis a primeira causa que devemos considerar como produtora do resultado. Existe, ainda, outra causa a ser considerada, qual seja, a instituição bancária não conferiu a assinatura constante da cártula e pagou o valor nominado, gerando assim enorme prejuízo ao correntista. O autor do fato foi denunciado por estelionato consumado, por ter, efetivamente, obtido a vantagem ilícita, por meio da falsificação da assinatura do correntista e a apresentação da cártula perante uma instituição bancária, que por sua vez pagou os valores dos cheques. Assim, temos por certo que a omissão do banco constitui-se em uma concausa superveniente (à ação de subtração, assinatura e apresentação do cheque para pagamento), relativamente independente (pois sem essa omissão

e resultado não teria ocorrido), que, em nosso entender, determinaria, por si só, o resultado. E com fundamento no art. 13. § 1.º, do CP, deveria o apresentador dos cheques responder apenas por tentativa de estelionato, na medida em que sua conduta não pode gerar expectativa de efetiva produção do resultado, pois não depende de sua atuação a ocorrência do resultado.

Nesse passo, e para a melhor compreensão deste estudo, é de se exarar um breve conceito sobre o erro, para unificar-se algumas idéias. Pode-se dizer que erro é uma idéia falsa, ou a falsa representação de um determinado objeto ou situação fática. É o engano, ou a falha de percepção, sobre uma determinada situação, como veremos: às vezes o sujeito pode-se enganar sobre a existência de uma causa justificante de sua conduta sabidamente ilícita (acredita estar em legítima defesa, e por isso, ofende a integridade física de outrem), ou engana-se quanto a licitude de uma determinada conduta (acredita ser permitida a posse de ínfima quantidade de determinada droga, para consumo pessoal, como em alguns países vizinhos); ou ainda, ignora os elementos típicos da conduta que pratica (acredita ser sua a coisa alheia de que se apropria, e portanto, não tem dolo na subtração). Além disso, devemos distinguir, para evitar futuras confusões, o erro da ignorância, pois "o erro faz supor uma idéia falsa, uma representação errônea de um objeto certo; é um estado positivo. A ignorância consiste na falta completa de conhecimento, ao passo que no erro existe um conhecimento falso".[57] Assim, também a lição de Netto, para quem: "erro e ignorância delineiam-se como uma inexata relação da consciência com a realidade objetiva (...) Não há, por isso mesmo, inconveniente em unificar, no terreno jurídico, os dois conceitos, dada a identidade das conseqüências que produzem: incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectivo, ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade."[58] Por fim, é de referir-se a lição de Jescheck,

57. JIMINEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de derecho penal*. México: Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 260.

58. NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3. No mesmo sentido é a lição de Zaffaroni e Pierangeli: "O erro

ao afirmar que aquele que erra não tem dolo (pois este está viciado pelo erro), não tem vontade e consciência de sua conduta, "pues error es, en términos generales, la discrepancia entre conciencia y realidad".[59] Erro, portanto, pode-se sintetizar, é o equivoco, fruto de falsa percepção dos fatos ou objetos circundantes da ação, que recebe um tratamento especial e diferenciado por parte da legislação penal, dependendo da hipótese fática.

Assim, erro sobre o nexo causal é uma das espécies de erro de tipo acidental. Usa-se denominar, no direito pátrio, *erro de tipo acidental* aquele que não versa sobre elementos ou circunstâncias essenciais do crime, incidindo sobre dados meramente acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução.[60] Assim, são exemplos de erros de tipo acidentais: alguém furta uma mala, pensando estar esta cheia de diamantes, e, ao abri-la, descobre a subtração de mala diversa da pretendida (cheias de roupas sujas); ou, ainda, o sujeito que atira em outro, pensando tratar-se de "A", a quem desejava a morte, quando se tratava de "B", seu amigo. Nestas duas hipóteses, o agente erra sobre o objeto de sua ação típica. O sujeito sabe que está praticando um crime, mas erra sobre um elemento circunstancial do delito. O erro acidental "não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento".[61] E por isso mesmo é irrelevante como excludente.

O erro sobre o nexo causal, espécie de erro acidental comumente encontrada na doutrina, corporifica-se na situação em que o curso causal previamente idealizado pelo agente à obtenção do resultado, não se realiza, embora o resultado

é o conhecimento falso acera de algo; a ignorância é a falta de conhecimento sobre algo. Do ponto de vista do direito penal, ambos têm os mesmos efeitos." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 495).

59. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 276.

60. CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

61. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

aconteça por força de outra causa produzida por seu agir (único ou plural). Para atuar dolosamente, o autor não apenas deve conhecer a ação e o resultado, mas também deve prever o curso causal em seus contornos essenciais, porque a relação de causalidade é tão elemento do tipo como a ação e o resultado.[62] Como o curso causal apenas é previsível, na maioria dos casos, de forma imperfeita, poderão ocorrer duas situações: a primeira, chamada *desviação essencial*, onde a desviação do verdadeiro curso causal, representado pelo autor, ganha um contorno especialmente relevante na formação da compreensão dos fatos vivenciados, o que por sua vez alçará esse erro a consideração de erro de tipo. Isso ocorrerá na situação em que a desviação imputável do curso causal, representado pelo autor, requeira, de modo excepcional, outra valoração ético-jurídica.[63] Nessa hipótese, estaremos diante de um erro de tipo que excluirá o dolo – uma vez que, a capacidade de compreensão do fato vivenciado estará mitigada e com ela haverá vício na formação do dolo –, devendo ser apreciada, para a responsabilização do agente, apenas a tentativa do delito, posto que o erro somente afeta o caminho deste até o resultado.[64] Na hipótese referida de a desviação causal ser essencial a ponto de ser considerada erro de tipo, às claras, se estará frente a uma concausa superveniente, de relativa independência, que por si só exclui a imputação do resultado àquele que atua, devendo-se, então, analisar a questão da tentativa, conforme estabelece o § 1.º, do art. 13, do CP. Note-se que o erro de tipo sobre o nexo causal, nesse caso,

62. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 280. No mesmo sentido: MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 408.

63. MAURACH, a propósito, exemplifica: "A, con intención de causar la muerte de B, le infiere por medio de um arma cortante, heridas graves que, sin embargo, no ponen em peligro su vida. Camino del hospital, la ambulancia que transportava a B cruza um paso ferroviário provisto de barreras y es desrtrozada por un tren." (MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994, pp. 408-409).

64. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 281.

pode excluir o dolo em relação à produção do resultado pretendido, subsistindo, em qualquer caso, a possibilidade de responsabilização pela ação produzida, na forma da tentativa.

A segunda situação possível – a partir da impossibilidade de certeza na previsão do curso causal desenvolvido pela ação, na busca pelo resultado – ocorrerá na hipótese em que a desviação não ganhar tais contornos excepcionais, não exigindo valorações ético-jurídicas diversas das palpáveis, é dizer, nas situações de *desviação não essencial*. As variações, entre o processo causal representado e o verdadeiro, serão "não necessárias", e irrelevantes para o dolo do tipo, quando se mantiverem nos limites do previsível segundo a experiência geral da vida e não justifiquem outra valoração do fato.[65] Em tais casos, verifica-se se o resultado é objetivamente imputável ao autor e se no lugar do curso causal objetivamente esperado, tenha ele produzido outro curso causal (desviado), que tenha levado a obtenção do mesmo resultado pretendido e objetivamente imputável a ele. Algumas vezes, o resultado pode acontecer por força de um curso causal não previsto (curso causal desviado), mas fruto da ação produzida pelo autor, e, em outras, pelo fato de o autor da ação, pensando ter atingido o seu resultado pretendido, empreender nova ação contra o mesmo objeto e com outra finalidade, vindo a, então, sem saber, atingir o resultado inicialmente almejado.[66] Exemplo disso é trazido por Wessels, ao dizer: "quando a vítima devia ser morta através de uma machadada, mas não se realiza pretendido esmagamento do crânio e a morte só ocorre em conseqüência de uma infecção na ferida".[67] Essa desviação do curso causal representado, logicamente,

65. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 59.

66. Assim, exemplifica JESCHECK: "'A' quiso matar 'B' golpeándole con el mando de un hacha, y herido falleció, pero no por eso, sino por la infección de la herida. El autor arrojó a su victima desde un puente para que se ahogara, pero la muerte se produjo por el golpe con el pilar del puente. (...)" (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, pp. 280-281).

67. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 59.

não excluirá o dolo.[68] Este subsistirá se as desviações sobre o comportamento causal previsto se mantiverem dentro dos limites daquilo que seja previsível pela experiência vital geral.[69]

Atente-se ao seguinte fato: a situação em que o agente pensa ter atingido o seu resultado inicialmente pretendido e empreende novo movimento contra o mesmo objeto, vindo então a atingir o fim inicialmente almejado, confunde-se um pouco com as concausas, por guardarem contornos semelhantes, dado que elas explicam a estruturação do nexo causal. Tais diferenças, entretanto, serão dirimidas nas linhas que seguem.

O nexo causal, no direito brasileiro – como visto acima –, está previsto no art. 13 do CP, onde se determina que o resultado de que depende a ação somente é imputável a quem lhe deu causa e se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Esse dispositivo evidencia o acolhimento da teoria da equivalência das condições. Ainda, o art. 13, em seu § 1.º, estabelece que a superveniência de causa relativamente independente, que por si só produza o resultado, exclui a imputação deste a quem pratica a ação (anterior). Aqui, a norma vigente expressa a limitação à teoria da equivalência das condições, nos delitos comissivos, pela utilização da teoria da causalidade adequada. Assim, significa dizer que dentre os possíveis causadores do resultado, será responsabilizado aquele que

68. "Las desviaciones, no esenciales, respecto del comportamiento causal previsto, no son suficientes para excusar al autor". (MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 408). No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 280.

69. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 408. Nesse sentido, exemplifica o citado autor, à mesma página, a situação de alguém tentar estrangular a outro, pensando o efeito mortal de sua manobra, é irrelevante que ele se represente a morte da vítima por asfixia ou conseqüência de paralisação cerebral, ou, ainda, aquele que quer matar outro por meio de veneno supostamente indolor e de rápido efeito, mas que, por desconhecimento, recorra a um meio torturante e de lento efeito, não pode ser castigado pela "crueldade" de seu homicídio.

tenha praticado a causa mais *adequada* a sua consumação. Os demais respondem meramente por sua ação, isto é, pela tentativa do delito, uma vez que possuem o dolo, execução da ação planejada, e a não consumação do delito em função da ocorrência de uma outra causa que por si só produziu o resultado.

Assim, entende-se por concausa a outra causa que se soma à causa principal e empresta sua cota de colaboração para a produção do resultado. Na relativa independência das causas, se a concausa for preexistente, concomitante ou superveniente, o sujeito que pratica a ação principal responderá pelo resultado, quando sua conduta emprestar significativa importância para a produção daquele, isto é, quando abstraída sua participação, o resultado não acontecer. Essa é a síntese do expressado pelo art. 13, *caput*, do CP. Entretanto, nas situações em que a concausa por si só determinar a produção do resultado, ao sujeito será imputada, exclusivamente, sua ação. Essa é a dicção do § 1.º do art. 13 do CP. Nada mais do que a adoção da teoria da equivalência das condições temperada pela teoria da causalidade adequada.

Por isso, nas hipóteses em que o sujeito empreende novo movimento de ataque contra o mesmo objeto jurídico, acreditando já ter consumado o dolo inicial que o movia, e age agora com outra vontade, vindo a dar causa efetivamente ao primeiro desígnio, estaremos diante de uma situação de erro sobre o nexo causal, e não de uma concausa superveniente relativamente independente. É que para a existência de uma concausa necessita-se que a outra possível causa do resultado tenha sido praticada por outro agente ou situação, e não pelo mesmo agente.

Daí a afirmação de tratar-se de situação de concausa, a desviação essencial no curso causal inicialmente imaginado pelo agente. Se a desviação é suficientemente essencial para diminuir a representação do curso causal, estaremos diante de um erro sobre o nexo causal, com o conseqüente afastamento do dolo sobre o resultado, mas não o da ação (art. 13, § 1.º, do CP).

No presente caso, não se trata de desviação não-essencial, pois essas são irrelevantes para o dolo do tipo, apenas quando se mantiverem nos limites do

previsível, segundo a experiência geral da vida, e não justificarem outra valoração do fato, o que, às claras não é o caso trazido a debate. Não se pode acreditar na previsibilidade da não-conferência das assinaturas por parte da instituição bancária, e, por isso, não se pode imputar objetivamente o resultado ao autor do fato.

Temos por certo que na questão posta em exame houve uma desviação essencial do curso causal previsível, ainda que esperado, o que, novamente, desautoriza a punição do agente pelo resultado. Em outras palavras, ao entregar os cheques com a assinatura grosseiramente falsificada, o agente poderia até desejar que a instituição bancária pagasse o valor nominado nas cártulas, mas não poderia acreditar na ocorrência desse resultado, uma vez que sabia, pelo uso comum, da conferência, efetuada por todos os bancos, das assinaturas apostas nos títulos, antes de lhes autorizar o pagamento. Por esse motivo, não poderia aceitar a ocorrência do resultado; não poderia acreditar em uma desviação essencial no curso causal imaginado para o resultado. Trabalhamos aqui com uma hipótese em que a desviação do curso causal, produzida pela não conferência da veracidade da assinatura posta na cártula, por si só produz o resultado esperado pela conduta, mas cuja aceitação é tecnicamente impossível.

3. Considerações finais

No presente estudo, buscou-se estabelecer a relação existente entre a tentativa impossível e o erro sobre o nexo causal. Assim, tem-se por impossível a tentativa de um delito, quando o resultado inicialmente planejado pelo agente dependa de um curso causal independente (ainda que relativamente independente). Isto é: não se pode imputar a prática de crime consumado a alguém que atua para a obtenção de um resultado que ao final não depende de sua conduta. O fato de existir o prejuízo é atribuível ao banco, que, por negligência no dever de cuidado (dado que a falsificação da assinatura é tão grosseira que sequer poderia ser chamada de *falsificação*), não impediu o curso causal iniciado pelo agente. Curso causal, que, a propósito, não

poderia gerar a expectativa de resultado, uma vez que conta-se com a diligência da instituição bancária, ou seja, é exigível e previsível, por força do uso comum, que o banco vá verificar a assinatura do correntista antes de pagar a cártula. Se poderia inclusive falar em meio inidôneo para a prática do crime. Inidôneo, pois a verificação do cheque é obrigação da instituição bancária e contar com a negligência do banco para a realização do resultado é trabalhar com crime impossível.

Lembremo-nos, pois, do problema propulsor desse estudo: um processo criminal pelo delito de estelionato, onde o autor do fato subtraiu algumas folhas do talão de cheques de alguém, tendendo a obtenção de vantagem ilícita, por meio da falsificação da assinatura do correntista e a apresentação da cártula perante uma instituição bancária. O autor do fato não falsificou a assinatura do correntista, apenas escreveu o nome deste, com sua própria letra, sem a preocupação de torná-lo parecido com a assinatura verdadeira (a qual ele tinha acesso, a propósito). A instituição bancária não conferiu a assinatura constante da cártula e pagou o valor nominado, gerando assim enorme prejuízo ao correntista. O autor do fato foi denunciado por estelionato consumado.

Pois bem, após esse estudo resta como resposta às indagações iniciais – se se estaria diante da tentativa de um crime de impossível consumação, na medida em que o meio utilizado para a prática do delito restou inadequado, por si só, para a realização do resultado pretendido –, primeiramente que, considerando o fato de ser obrigação da instituição bancária a conferência das assinaturas das cártulas (tanto que possuem funcionários com essa exclusiva função) pode-se afirmar, categoricamente, que a expectativa da conferência das assinaturas nos cheques apresentados a pagamento torna, sim, impossível a consumação do delito pretendido, por ineficácia absoluta do meio utilizado, tornando atípica a conduta do presente caso estudado; ou seja, a tentativa de estelionato perpetrada por meio de falsificação grosseira da assinatura oposta no cheque é crime impossível. Não se diga, ainda, que se trata de meio relativamente eficaz, uma vez que não há um padrão estipulado para a conferência ou não dos cheques, o que poderia autorizar

a expectativa positiva ou negativa quanto à conferência de uma ou outra cártula. Assim, não havendo um padrão de não-conferência para os cheques, presume-se que todos os cheques são conferidos e, portanto, o meio é absolutamente ineficaz. Se levarmos em conta, por fim, que nem todos os cheques podem ser conferidos, seja pelo volume de cheques apresentados, seja por qualquer outra razão, essa variável, mesmo assim, não possui o condão de tornar relativamente eficaz o meio utilizado, pois deveria contar o agente com uma pitada de sorte, o que fugiria à previsibilidade causal de sua conduta.

Em seqüência, relativamente à segunda indagação lançada no início desse texto – a não-conferência das cártulas por parte do banco influencia no curso causal da ação perpetrada e poderia alterar a capitulação do fato imputado ao agente? –, pode-se afirmar, ao final desse estudo, que a conduta (omissiva) do banco (em não conferir as assinaturas) constitui uma concausa superveniente relativamente independente, que por si só produz o resultado (diminuição do patrimônio), e por força do art. 13, § 1.º, do CP, deveria o autor do fato responder apenas por sua conduta, isto é, tentativa de estelionato.

E quanto ao último questionamento levantado – se essa tentativa, no contexto aqui enfrentado, teria produzido o resultado naturalístico por erro no nexo causal? – pode-se afirmar que houve inegavelmente um erro sobre o nexo causal de desviação essencial do curso causal, na medida em que as desviações causais existentes na conduta planejada e executada pelo agente não se mantiveram "dentro dos limites daquilo que era previsível pela experiência vital geral",[70] excluindo o dolo quanto ao resultado, mas permitindo a punição da tentativa. Por esse motivo, o agente não deveria responder pelo delito consumado, já que o desvio essencial do curso causal projetado (produzido pelo banco, ao não conferir as assinaturas constantes das cártulas) altera o fim pretendido, excluindo-lhe a responsabilização.

70. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 408.

Por isso, afirma-se que quando, por erro no nexo causal, o agente atinge o resultado pretendido por força de uma desviação essencial no curso causal inicialmente imaginado, determinada por uma concausa superveniente relativamente independente, não deve ser responsabilizado pelo crime consumado, por não poder a sua ação dolosa alcançar, por si só, o resultado; ou seja, o agente deve responder apenas pela tentativa do delito almejado, por força do art. 13, § 1.º, do CP. Entretanto, caso essa desviação causal essencial constitua fato imprevisível ao agente, estar-se-á diante de uma tentativa inidônea, ou crime impossível, cuja consumação não pode ser imputada ao agente, que não poderia, no plano da razão, aceitá-la como válida.

4. Referências bibliográficas

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale. Parte generale.* Milão: Giuffrè, 2006.

BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexo causal.* Campinas: LZN, 2003.

BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal. Parte geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral.* 5. ed. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria geral do delito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARRARA, Francisco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito.* Traduzido por Vicente Romero Girón. 2. ed. Madrid: Góngora, 1926.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal. Parte general.* 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, José de Faria. As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 69, Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal).* Coimbra: Almedina, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal.* 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídicos, 2004.

FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal do Instituto Universitario de Criminologia da Universidad Complutense de Madrid*, n. 65. Madrid: Edersa, 1998.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* v. 1. t. 1. São Paulo: Max Limonad, s/d.

GRECO, Luís. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Causalidad, omisión e imprudencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* t. XLVII, fascículo III, septiembre-diciembre, Ministério de Justicia e Interior: Madrid, 1994.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1956.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 4. ed. Traduzido por José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JIMINEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de derecho penal.* México: Pedagógica Iberoamericana, 1995.

LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal. Parte geral.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.* Porto Alegre: Fabris, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal.* v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal. Parte general.* Atualizado por GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. Traduzido por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NETTO, Alcides Munhoz. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. *Direito penal. Parte geral.* Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2002.

STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo.* Traduzido por Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WESSELS, Johannes. *Direito penal.* Traduzido por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes

Filipe Schmidt Sarmento Fialdini
Professor auxiliar de Direito Penal da FAAP.
Advogado criminalista.

Resumo: Sendo o delito necessariamente uma manifestação exteriorizada por meio de ações, tem sempre como elemento uma alteração no mundo das coisas, despontando essencial para a imputação penal, o estudo da teoria da causação ou da causalidade. A teoria da equivalência dos antecedentes, em sua versão conditio sine qua non, apesar de objeto de inúmeras críticas – dada a sua grande complexidade – ainda hoje prevalece na explicação dos nexos causais. O presente artigo pretende expor os principais conceitos ligados à teoria da causação e refletir sobre as críticas opostas à teoria da equivalência.

Palavras-chave: Responsabilidade penal – Causação – Causalidade – Teoria da equivalência dos antecedentes – *Conditio sine qua non* – Teoria do conjunto das condições.

Abstract: As crime inescapably manifests itself externally through actions, it always has an element of change in the material world; turning mainly towards criminal implication, the study of the theory of causation or causality. The theory of precedent equivalence, in its *conditio sine qua non* version, still prevails despite much criticism – due to its great complexity – in the explanation of the causal relation. This article intends to expose the main concepts related to the theory of causation and to reflect on criticisms against the theory of equivalence.

Keywords: Criminal liability – Causation – Causality – Theory of precedent equivalence – *Conditio sine qua non* – Theory of condition sets.

Sumário: Introdução – 1. Conceito de causa: 1.1 Validade e alcance da teoria da causação – 2. Teoria da equivalência dos antecedentes: 2.1 Conceito; 2.2 Críticas à teoria da equivalência: 2.2.1 A extensão da responsabilidade penal ao infinito e as teorias da condição qualificada; 2.2.2 Causação alternativa ou hipotética e a fórmula da condição conforme às leis; 2.2.3 Confusão da condição com a causa e a teoria do conjunto das condições – 3. Conclusões – 4. Bibliografia.

Área do direito: Penal

Introdução

Além de seu conteúdo subjetivo (culpa *lato sensu*), o delito manifesta-se objetivamente, tendo como elemento essencial uma alteração no mundo das coisas (resultado).

A teoria da causação estuda as relações de natureza causal que se estabelecem entre os fatos que ocorrem no mundo das coisas – sejam tais fatos produzidos pelo homem ou não – fornecendo critérios para que se possa determinar os fatores (*causa* ou condições) que propiciaram a ocorrência de determinada *alteração no mundo das coisas* (*efeito*).

Sempre que tal alteração encontrar-se separada, no espaço e no tempo, da manifestação corporal do agente, é necessário estabelecer-se uma relação entre aquela e esta de tal maneira que a alteração possa ser referida ao agente como obra sua,[1] como, por exemplo, num homicídio, o resultado morte possa ser referido a alguém, a título da ação típica de *matar*.

1. Como Salienta Roxin, "todo delito tem um resultado; nos casos de mera atividade o resultado radica na própria ação do autor, que se apresenta como realização do tipo" (*Derecho penal – Parte general*. Trad. da 2. ed. por Diego-Maniel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo

Daí decorre a importância do estudo da teoria da *causação* para o direito penal, com relação aos delitos nos quais se verifica uma ação positiva – em oposição aos delitos omissivos[2] – como primeiro pressuposto da existência de uma tal relação.

É verdade que não basta haver uma relação de natureza meramente causal entre uma manifestação corporal e um resultado criminoso, para que se possa dizer que uma pessoa praticou uma ação típica, eis que os eventos que se sucedem por nexos de natureza causal às manifestações corporais humanas extravasam muito o âmbito daquilo que possa ser também subjetivamente referido ao agente, a título de ações suas, não sendo nunca demais lembrar o exemplo do filho que pratica um homicídio e, mesmo havendo uma relação de natureza causal entre a conduta da mãe de concebê-lo e a morte, claramente não se pode atribuir à mãe a ação de *matar*.

Dessa forma, embora a teoria da causação não seja suficiente para preencher o conteúdo da ação típica, é importantíssima para tanto, no sentido de que se possa estabelecer quais alterações no mundo das coisas podem ser atribuídas à determinada manifestação corporal, a título de efeitos seus, como pressuposto para uma ulterior imputação subjetiva, a título de conduta.

A antiga teoria da equivalência dos antecedentes, em sua versão *conditio sine qua non*, ainda hoje prevalece na explicação dos nexos causais, apesar de objeto de inúmeras críticas, dada a sua grande complexidade. O presente artigo pretende expor os principais conceitos ligados à teoria da causação e refletir sobre as críticas

e Javier de Vicente Remesal. t. I. Madri: Civitas, 2003, p. 329). Por tanto, ainda nos chamados delitos de *mera atividade*, a análise causal é importante, especialmente quando mais de um agente participe em sua produção, não necessariamente praticando atos executórios.

2. Nos delitos omissivos não existe relação de natureza causal entre a conduta do autor e o resultado delitivo imputado, como salienta Paulo José da Costa Júnior: "Indubitavelmente, a causa da queda do vaso que estava na janela não foi o deixar de fechá-la, mas o vento que a impulsionou contra aquele, fazendo-o precipitar-se na calçada graças à ação da gravidade. Como a causa do incêndio não será a falta de pára-raios, mas a queda do próprio raio. Logo, com relação à realidade material e tangível, do nada, nada pode nascer. Enquanto se entenda como causa o princípio ativo do efeito, omissão e causa se repelem entre si. Não se pode apresentar como positivo o que é negativo. Nem será possível figurar como realidade aquilo que é possibilidade" (*Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 121). Por tal razão, os delitos omissivos não serão analisados no presente estudo.

opostas à teoria da equivalência, em especial, sobre a extensão da responsabilidade penal ao infinito, as hipóteses de causação alternativa e hipotética, bem como sobre a confusão da condição com a causa.

1. Conceito de causa

Percebendo que a ocorrência de muitos fenômenos no mundo das coisas está conectada a outros eventos, o homem adquiriu a noção de que existiria uma relação entre estes, no sentido de que, ocorrendo alguns eventos, outros tantos deveriam suceder.

Assim, por exemplo, da observação de que, ao exercer-se determinada pressão contra um objeto qualquer, como um livro, sobre uma mesa, este se moveria, o homem percebeu que existe uma relação entre a *pressão* exercida e o *movimento* do livro.

Percebeu-se assim, que há uma relação entre os eventos que se sucedem no mundo das coisas, na medida em que um ou mais eventos *antecedentes* produzem um ou mais eventos *conseqüentes*, nomeando-se estes antecedentes de *causa*, seus conseqüentes de *efeito* e a relação existente entre eles de *relação de causalidade*.

O estudo dessa relação, contudo, só se mostra útil, se permitir a explicação dos eventos que ocorrem no mundo das coisas. Para tanto, entre causa e efeito deve existir uma *relação necessária*, ou seja, a partir da observação de uma alteração no mundo das coisas, para que se possa dizer qual foi a sua causa, deve-se pressupor que *sempre* que se verificar tal causa, necessariamente, seja produzida *exatamente essa mesma alteração* (efeito), do contrário, se um determinado evento, ao qual se atribui o caráter de causa, produzisse um determinado evento, porém, em sua repetições, eventos diversos, sem qualquer razão que diferenciasse a produção de uns e de outros, de forma simplesmente aleatória, seria impossível descobrirem-se as causas e seus efeitos.

Assim, se ao exercer-se determinada pressão, por diversas vezes, sobre um mesmo livro, empurrando-o com a mesma força, nas mesmas condições, resultasse

que este, ora se movesse na direção da força aplicada, ora contrariamente ou, ainda, que não se movesse, seria impossível determinar-se o que ocorreria com o livro, após exercer-se tal pressão, ou seja, não se poderia determinar o efeito que a causa – o exercer-se pressão – produziria.

Produzindo-se, entretanto, continuamente, o mesmo efeito, pode-se presumir que existe uma relação necessária entre causa e efeito.

A formulação de uma teoria da causação remonta à Antigüidade, quando Aristóteles desenvolveu seu modelo causal, com base no conceito conhecido pela posteridade como *causa efficiens* (causa eficiente):[3]

"O primeiro começo da mudança e do repouso; por exemplo, quem dá um conselho é uma causa, o pai é causa do filho, e em geral o agente o é do que fez e o que produz modificação o é do que modifica."[4]

É a mais intuitiva noção de causa, como o *antecedente isolado* mais imediatamente ligado ao efeito no tempo e no espaço, o qual, geralmente, está presente em sua produção e ao qual costuma-se atribuir maior importância.

A teoria da causação permaneceu baseada no conceito de causa eficiente até o século XVII, quando Galileu introduziu o método científico, o qual exigia a comprovação por meio do experimento científico induzido pelo cientista.

Foi diante da experimentação que o modelo da causa eficiente sucumbiu.

3. O conceito de *causa*, em sentido estrito, está ligado à produção das transformações no mundo das coisas, ou seja, à sucessão de fenômenos, importando numa relação necessária entre o antecedente suficiente (causa) e o conseqüente (efeito), qual seja, ocorrendo a causa, deve ocorrer, necessariamente, um determinado efeito. Em Aristóteles o termo *causa*, em grego *aítia*, adquiriu um sentido mais amplo, como ocorre atualmente na linguagem corrente, designando não somente a *causa eficiente* – a qual adequa-se à acepção física de causa, no sentido ora estudado – como também a acepção lógica deste termo, como razão ou explicação de uma conseqüência ou de uma conclusão. Assim, em Aristóteles é possível se verificar a existência de outras chamadas *causas*, conhecidas como causa *formal*, *material* e *final*, as quais, contudo, identificam-se com o conceito de razão e não de causa em sentido estrito.

4. Aristóteles, Física, livro II, capítulo III, 194b apud Mario Bunge. *Causalidad*: el principio de causalidad em la ciencia moderna. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, p. 45.

Lembrando a idéia de causa como o antecedente que, necessariamente, determina a ocorrência do conseqüente, submetamos uma determinada situação à experimentação, como, por exemplo, a aceleração de um automóvel.

Diante do conceito de causa eficiente, teremos que a causa da aceleração do carro seria a *pressão* que o motorista exerce no pedal do acelerador do veículo.

Contudo, num carro desligado ou sem gasolina, por exemplo, qualquer motorista já teve a oportunidade de observar que, a despeito de exercer tal pressão sobre o pedal do acelerador, o carro permaneceu imóvel.

A mesma coisa sucede com o referido exemplo do pai, ao qual Aristóteles atribuiu o caráter de causa do filho. O pai é apenas um homem; sozinho, sem uma mulher, não produz o filho e, ainda que esteja com uma mulher, se ele ou ela forem inférteis ou estiverem acometidos de uma doença que os impeça de conceber, por exemplo, nada produzirão.

Desses exemplos, podemos concluir que tanto a pressão que o motorista exerce no pedal do veículo, como o pai, não bastam, por si sós, para produzir, seja a aceleração do veículo, seja a produção do filho, não havendo, portanto, a idéia de necessidade entre a ação de tais agentes (motorista; pai) e a ocorrência do resultado (aceleração; produção do filho), levando por terra a idéia de causa eficiente.

Pela aplicação do método científico, por outro lado, podemos observar em Galileu, os traços de um novo modelo de causação: "... só ela e não outra deve ser considerada a causa que colocada gera sempre o efeito, e tirada tira o efeito ...".[5]

Esse modelo explicou melhor a causalidade, na medida em que não atribuiu arbitrariamente a noção de causa somente ao chamado agente ou força que dá início ao movimento, adequando-se melhor à experimentação.

Tomando-se novamente o exemplo do automóvel, passariam a ser consideradas causas da aceleração, não somente o agente que pressiona o acelerador,

5. Galileu Galilei. *O ensaiador*. Trad. Helda Barraco. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 49.

porém todos os antecedentes sem os quais o resultado não se produziria, sendo igualmente causas a existência de gasolina no tanque de combustível e o fato de o carro "estar ligado".

Nesse sentido, percebe-se uma comunhão de várias causas, estando presentes tanto a chamada causa eficiente (pressão exercida pelo motorista), como outras mais (carro, gasolina).

Desta feita, a definição de Galileu é, à primeira vista, satisfatória, especialmente por, introduzindo o método científico na teoria da causação, trazer à baila um método interessante de se aferir a relação de causalidade, oferecendo um critério prático para decidir se um determinado evento constitui, ou não, uma causa de determinada alteração no mundo das coisas, qual seja, sua eliminação.[6]

Todavia, se analisarmos mais atentamente, perceberemos que esse conceito de causa também não respeita o caráter de necessidade da relação que deve existir entre causa e efeito.

Ocorre que, por essa definição, para cada alteração no mundo das coisas, existe não uma, mas diversas causas, sendo cada antecedente necessário, uma causa.

Se escolhermos somente um desses antecedentes considerados como causas, ou seja, somente um dos antecedentes necessários, perceberemos que ele, sozinho, não é suficiente para produzir a alteração, dependendo, para tanto, de outras chamadas causas ou antecedentes, logo, não pode ser considerado causa, eis que a idéia de causa pressupõe que o efeito decorra dela necessariamente.

Nesse sentido, mais adequada se mostrou a concepção de causação do prodigioso economista inglês, John Stuard Mill, constante da obra *A System of Logic*, publicada em 1843, segundo a qual, ao invés de se considerar como causas, cada um dos antecedentes necessários, sem os quais o resultado não ocorreria, optou-se por um caminho diferente, com o intuito de preservar o caráter de necessidade da

6. Mario Bunge. *Causalidad:* el principio de causalidad em la ciencia moderna. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, p. 46.

relação entre causa e efeito, reduzindo-se a causa a uma só: "The real cause, is the whole of the antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them, exclusively of the others".[7]

Segundo esse modelo, portanto, cada antecedente necessário, isoladamente considerado, não constitui uma causa, porém, considera-se causa somente o *conjunto desses antecedentes*, como um todo.

1.1 Validade e alcance da teoria da causação

Como acima demonstrado, a importância da teoria da causação está na crença de ela possibilitar uma maior previsibilidade do futuro, bem como uma análise mais precisa do passado.

Essa crença fundamenta-se na *lei da causação*, definida pela máxima geral da filosofia de que "tudo que começa a existir deve ter uma causa para sua existência".[8]

Somente com base nessa crença, ao observar um fenômeno na natureza, podermos aferir que tal fenômeno tem, de fato, uma causa, ou seja, que não surgiu do nada.

Como apontou David Hume, a idéia de que todos os fenômenos da natureza têm, necessariamente, uma causa, contudo, é do tipo que não pode ser demonstrada:

"Nunca poderíamos demonstrar a necessidade de uma causa para toda nova existência ou para toda modificação de existência sem mostrar, ao mesmo tempo, a impossibilidade de que alguma coisa comece a existir sem algum princípio produtivo".[9]

7. "A causa real, é o conjunto dos antecedentes; e não temos, filosoficamente falando, nenhum direito de conferir o nome de causa a um deles com a exclusão dos demais". (John Stuard Mill. *A system of logic ratiocinative and inductive:* being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation, Livro III, Londres, Routledge, 2001, p. 323).

8. David Hume. *Tratado da natureza humana:* uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. São Paulo/Unesp: Imprensa Oficial do Estado, 2001, p. 107; Mario Bunge. *Causalidad:* el principio de causalidad em la ciencia moderna. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, p. 37.

9. David Hume, *Tratado da natureza humana*..., p. 107.

Assim, pela impossibilidade de se demonstrar que nada ocorre *ex nihil*, não se pode tomar a idéia de causa como um conceito absoluto, senão como o modelo mais adequado, presentemente, de se explicar as transformações no mundo das coisas.

Isto ocorre, eis que, se tal comprovação não é factível, ao menos ainda não foi demonstrado que algo possa surgir ou se modificar sem causa alguma, sendo que a ciência, pela observação e experimentação, vem obtendo sucesso na explicação dos fenômenos, através da descoberta de suas causas.

Com base em tal paradigma, desde o movimento mais singelo de uma pedra, até o comportamento humano, têm a sua causa; por meio da psicanálise, demonstrou-se, através da investigação científica, que até os pensamentos aparentemente mais arbitrários, como a escolha ao acaso de um número, podem ser explicados com base na causalidade, como salientou Freud:

"Desde há muito tempo, sei que não é possível pensar em um número, nem em um nome, com absoluta e total liberdade voluntária. Examinando-se uma quantidade qualquer e de qualquer número de cifras, pronunciada com uma aparente arbitrariedade e sem relacioná-la com nada, se demonstrará sua estrita determinação, cuja existência não se creia possível".[10]

Com base nessa mesma concepção – de que tudo teria uma causa determinável – o astrônomo La Place concluiu que, se a posição e as forças que agem sobre todas as partículas pudessem ser determinadas, poder-se-ia prever o futuro, bem como se explicar o passado, com absoluta precisão:[11]

"Devemos então considerar o estado presente do universo como efeito do seu estado anterior e como causa do que deve vir em seguida. Dada, por exemplo, uma inteligência que pudesse conhecer todas as forças pelas quais a natureza

10. Sigmund Freud. *Obras completas*. Trad. Luis L. Y de Torres. 3. ed. t. I. Madrid: Biblioteca Nova, 1973, p. 906.

11. Nicola Abbagnano. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127.

é animada e a respectiva situação dos seres que a compõe – uma inteligência suficientemente vasta para submeter esses dados à análise –, ela abarcaria na mesma fórmula os movimentos dos maiores corpos do universo e os do mais leve átomo; para ela, nada seria incerto, e o futuro, assim como o passado, apresentar-se-ia aos seus olhos. A mente humana oferece, na perfeição que foi capaz de dar à astronomia, uma tênue idéia dessa abrangência. Suas descobertas na mecânica e na geometria, somadas as da gravitação universal, capacitaram-na a abranger, nas mesmas expressões analíticas, os estados passados e futuros do sistema do mundo. Aplicando o mesmo método a alguns outros objetos de seu conhecimento, ela conseguiu relacionar a leis gerais fenômenos observados e prever os que determinadas circunstâncias devem produzir. Todos esses esforços na busca da verdade tendem a reconduzi-la continuamente à vasta inteligência que acabamos de mencionar, mas da qual sempre permanecerá infinitamente afastada".[12]

O determinismo causal absoluto de La Place sofreu um abalo pela introdução do *princípio da incerteza*, formulado pelo físico alemão Werner Heisemberg, em meados da década de 20.

A partir da teoria quântica, com relação ao estudo das partículas subatômicas, Heisemberg concluiu que "quanto mais exatamente se tenta medir a posição de uma partícula, menos exatamente se consegue medir a sua velocidade, e vice-versa".[13]

Como o determinismo científico laplaciano se apoiava na suposição de que a posição e a velocidade de todas as partículas em determinado momento pudesse ser conhecida, tal determinismo seria impossível, no âmbito subatômico.

12. Pierre Simons Marquis de Laplace. *A philosophical essay on probabilities*. Trad. da 6. ed. francesa por F. W. Truscott e F. L. Emory, Nova York: I. Wiley, 1917, p. 4 apud Hans Kelsen. *O que é Justiça*: a justiça, o direito e a política, no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 318.

13. Stephen Hawking. *O universo numa casca de noz*. 7. ed. Trad. Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2002, p. 42.

O determinismo, entretanto, não restou rejeitado pela moderna ciência, sendo, porém, relativizado, para poder adaptar-se aos pressupostos da mecânica quântica. No estudo das partículas subatômicas, a mecânica quântica, ao invés de trabalhar com dados exatos, se vale de *probabilidades*, possibilitando o conhecimento provável da posição e velocidade das partículas: "Desse modo, na teoria quântica, a capacidade de fazer previsões exatas é apenas metade do que era na visão de mundo clássica de La place".[14] Mais claramente, ainda, o Professor Bunge:

"A mecânica quântica é estocástica, está certo, e o é basicamente; mas uma teoria estocástica que envolva leis definidas acerca de distribuições de probabilidades não é indeterminística se não dá lugar ao que é sem lei e/ou o que é criado a partir do nada. Em suma, nossa versão da mecânica quântica é tão determinística quanto a mecânica clássica – só que não sanciona o determinismo laplaciano."[15]

Se ao nível subatômico, o determinismo causal absoluto perdeu lugar, no mundo macro-físico ainda permanece como um excelente instrumento para a explicação da sucessão fenomênica no mundo das coisas, como aponta Mario Bunge:

"O princípio causal é um dos diversos e valiosos guias da investigação científica e, como a maioria deles, goza de uma validez aproximada em âmbitos limitados; é uma hipótese geral com um elevado valor heurístico, o qual dá a entender que em certos domínios corresponde bastante proximamente à realidade".[16]

Dessa forma, a teoria da causação permanece aplicável ao estudo fenomênico pelos operadores do direito, como lembra Roxin:

"Todavia, tudo isso não muda o fato de que o jurista pode seguir trabalhando com o conceito tradicional de causalidade, pois a vigência de leis estatísticas

14. Stephen Hawking, *O universo numa casca de noz...*, p. 108.

15. Mario Bunge. *Física e filosofia*. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 226.

16. Mario Bunge. *Causalidad:* el principio de causalidad em la ciencia moderna. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, p. 349.

no campo subatômico não constitui óbice para que no mundo da vida cotidiana, que é o que tem que tratar o jurista, possamos confiar nas leis causais com certeza praticamente absoluta".[17]

2. Teoria da equivalência dos antecedentes

2.1 Conceito

A teoria da *equivalência dos antecedentes*, em sua versão como *conditio sine qua non*, tem suas origens mais remotas no referido modelo de causação de Galileu, sendo introduzida no Direito Penal, na metade do século XIX, pelo jurista alemão Julius Glaser,[18] ganhando posterior desenvolvimento e preponderância na jurisprudência alemã, por influência do magistrado Maximilian von Buri.[19]

Segundo esta teoria, a causa de uma alteração no mundo das coisas é todo o evento sem o qual aquela não haveria se verificado, ou seja, é toda a *conditio sine qua non* ocorreria o resultado.

Um mesmo resultado, portanto, pode ter várias causas segundo essa concepção, pois toda a *condição sem a qual não se verificaria o resultado* é uma causa, sendo todas as causas equivalentes, na medida em que são igualmente indispensáveis para a verificação de determinado resultado.

17. Claus Roxin. *Derecho penal – Parte general...*, pp. 346-347. No mesmo sentido Juarez Tavarez. *Teoria do injusto penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 256.

18. Em Glaser, já no ano de 1858, pode-se ler: "Há... um ponto de apoio seguro para examinar o nexo causal; se se intenta suprimir mentalmente o suposto originante da soma dos acontecimentos e então se vê que apesar disso se produz o resultado, que apesar disso a série sucessiva das causas intermediárias segue sendo a mesma, está claro que o fato e seu resultado não podem reconduzir-se à eficácia dessa pessoa. Se pelo contrário se vê que, se se suprime mentalmente essa pessoa do cenário do acontecimento e o resultado não se poderia produzir em absoluto ou que houvesse tido que se produzir por outra via totalmente distinta: então está justificado com toda a segurança considerá-lo como efeito de sua atividade". (*Abhandlugen aus dem österreichischen Strafrecht.* t. I e II, Abhandlung, p. 298 apud Claus Roxin, *Derecho penal – Parte general...*, pp. 348-349).

19. Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal:* parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 201.

O método inicialmente proposto pela teoria da equivalência, para se verificar se determinado ato constituiu uma causa para determinado crime, é idêntico ao método encontrado no modelo de Galileu; basta realizar-se a operação mental de suprimir o evento em análise da série de eventos que antecederam o resultado criminoso e, se de tal operação restar que este deixou de ocorrer ou alterou-se, temos que o nexo de causalidade existe, caso contrário, tal nexo é inexistente.

Exemplificando-se, se num homicídio queremos saber se a conduta do atirador foi causa da morte, bastaria suprimir-se mentalmente sua conduta de atirar e da percepção de que, sem tal atuação, o resultado morte não teria ocorrido, poderíamos afirmar que o atirador contribuiu com uma causa para o evento morte, havendo, portanto, uma relação de causalidade entre sua ação e a morte.

Tal método é conhecido como *procedimento hipotético de eliminação* ou como *fórmula das condições.*[20]

A teoria da equivalência foi expressamente adotada pelo art. 13, do CP, como segue: "Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

2.2 *Críticas à teoria da equivalência*

As principais críticas à teoria da equivalência são:

a) que estenderia a responsabilidade penal ao infinito;

b) não solucionaria as hipóteses de causação alternativa ou hipotética; e

c) confundiria a condição com a causa.

Brevemente, tentaremos esclarecer todas, a seguir.

20. "À pergunta – *quando a ação ou omissão é causa do resultado?*, ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ('processo de eliminação hipotética', na frase de THYREN), o resultado *in concreto* não teria ocorrido." (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal.* (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940). 3. ed. v. 1. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 63).

2.2.1 A extensão da responsabilidade penal ao infinito e as teorias da condição qualificada

Critica-se a teoria da equivalência por, supostamente, estender a responsabilidade penal ao infinito, eis que, por sua aplicação, nem os resultados imprevisíveis e indesejados pelos agentes são excluídos, para efeitos da análise causal.[21]

Nesse sentido, exemplo recorrente é o da mãe que, ao gerar o filho que ela tanto queria, apesar de desejar que este fosse uma ótima pessoa, tornou-se um bandido vil e sanguinário, havendo matado muitas pessoas.

Aplicando-se o processo hipotético de eliminação, perceberíamos que, se a mãe não houvesse parido seu filho, tais assassinatos não haveriam ocorrido; portanto, existe um nexo de causalidade entre a conduta da mãe e os assassinatos perpetrados pelo filho.

A responsabilidade penal se estenderia ao infinito, na medida em que, sob a égide da teoria *causal* do delito, a mera manifestação corporal voluntária, ligada a um resultado, por meio de um nexo causal, já preencheria os requisitos da categoria da tipicidade. A conduta de *parir*, mencionada no caso acima, já poderia ser subsumida ao tipo penal do homicídio e, não havendo nenhuma excludente de ilicitude, inclusive, tratar-se-ia de uma conduta no mínimo *típica* e *antijurídica*.

Para sanar este problema, foram propostas uma série de teorias que procuraram limitar o alcance da teoria da causação, com a finalidade de limitar a responsabilidade penal.

21. "O homem não deve ser considerado 'causa de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado', pois que, destarte, 'a responsabilidade atinge o infinito. Pela teoria de Von Buri, dever-se-ia considerar causa da morte de alguém num desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem'" (Paulo José da Costa Júnior, *Nexo causal...*, p. 81). No mesmo sentido Damásio E. de Jesus, *Direito penal – parte geral*. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 250.

Para tanto, tais teorias criaram critérios para poder discriminar, dentre as condições sem as quais o resultado não teria ocorrido (*conditio sine qua non*), uma que fosse ainda mais qualificada, para poder considerá-la como causa.

Para estas teorias, portanto, a causa é uma condição sem a qual o resultado não ocorreria, só que mais qualificada.

Os critérios adotados por estas teorias – para qualificar a condição de causa – estão relacionados com *a previsibilidade* que a manifestação corporal tem, com relação ao efeito analisado.

Dentre as teorias da condição qualificada, a que mais se destacou foi a teoria da *causalidade adequada*, introduzida por Johannes von Kries, segundo a qual, a qualificação que o antecedente necessário (*conditio sine qua non*) precisa ter, para poder ser considerado causa, advém do critério da adequação do evento (manifestação corporal) para a produção do resultado analisado, segundo regularidade estatística.[22]

O critério de previsibilidade, segundo esta teoria, portanto, está ligado à regularidade estatística segundo a qual determinada alteração no mundo das coisas é produzida por uma manifestação corporal humana, excluindo-se da causação, os resultados contingentes.

Uma série de outras teorias semelhantes foram formuladas, diferenciando-se, apenas, quanto ao critério de previsibilidade adotado.[23]

São inúmeras as críticas insuperáveis que se pode opor a cada uma dessas teorias, entretanto, basta enunciar três, de caráter geral.

A primeira delas é a inclusão da previsibilidade, elemento valorativo, de caráter subjetivo, na análise causal, que tem, por natureza, caráter objetivo, como já havia notado Beling:

22. Paulo José da Costa Júnior, *Nexo causal...*, p. 88.

23. Sobre estas teorias, confira-se: Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. v. 1. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 61-63.

"Estas teorias visam limitar ou negar a responsabilidade jurídica por certos processos causais (Kausalverläufe), no intuito de evitar rigores (um Härten zu auszugleichen). Elas não se acham, pois, realmente, no domínio da doutrina da causalidade, mas discutem apenas a questão de saber se existe responsabilidade por toda a causação ou sómente por determinada espécie dela. Emolhando essas duas questões, elas caem no erro de introduzir na causalidade elementos de valor (Wertemgselemente)."[24]

Em segundo lugar, ao discriminarem apenas uma, dentre todo o conjunto de condições necessárias à produção do resultado, as teorias da condição qualificada, acabam por desnaturar, por completo, o conceito de causação, segundo o qual deve haver uma relação necessária entre a causa e o seu resultado.

Por último, o grande erro dessas teorias e da crítica de que a teoria da equivalência estenderia a responsabilidade penal ao infinito é o de presumir-se que a responsabilidade penal fundamenta-se, exclusivamente, na existência da relação de causalidade.

Com a superação da teoria causal do delito, pela formulação da teoria finalista por Welzel, sabe-se que a categoria da tipicidade, além da existência do nexo causal, quanto aos crimes dolosos, exige a verificação da intenção de praticar o fato descrito pela Lei como crime e, quanto aos culposos, um mínimo de previsibilidade, as quais, por sua vez, também não bastam, por si sós, para se atribuir a prática de um fato típico a alguém, muito menos a imputação de delito.

Nem só a intenção, nem só a existência do nexo de causalidade, acarretam na responsabilização criminal, aliás, a presença de ambos, por si só, também não é suficiente para tanto.

Assim, se eu quiser que um crime seja praticado e, sendo tal crime praticado por terceiros, sem qualquer participação minha, ainda que, posteriormente, eu

24. Beling, *Grundriss*, § 17, 2 apud A. J. Costa e Silva, *Código Penal.* (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, anotado). v. 1. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 66.

confesse a minha intenção naquele sentido, não poderei ser punido, se nada fiz, eis que inexiste nexo de causalidade entre minha manifestação corporal negativa e o resultado criminoso.

Inversamente, ainda que eu exerça uma manifestação corporal que tenha nexo de causalidade com um determinado crime, por exemplo, com a morte de alguém, não se poderá atribuir tal morte a mim, a título de conduta, se não estava sequer, no meu campo de previsão, por ausência de culpa (em sentido amplo).

Por outro lado, ainda que eu exerça uma manifestação corporal que tenha nexo de causalidade com a morte de alguém e a pratique intencionalmente, se eu apenas me defendia de alguém que vinha me matar, matando-o, não posso ser penalmente responsabilizado por sua morte, em razão de não haver agido de forma contrária à determinação legal, eis que a ordem jurídica admite a prática do homicídio, em determinados casos, quando em legítima defesa proporcional, por exemplo.

Portanto, não há que se falar que a teoria da equivalência levaria a responsabilidade penal ao infinito; a existência da relação de causalidade só se presta a informar que, entre determinado evento ou ato e determinada alteração no mundo das coisas, existe uma relação de produção causal e nada mais, não sendo, portanto, suficiente, por si só, para a responsabilização penal, eis que isso exige a presença de culpa e de antijuridicidade, o que o exame causal não mostra.[25]

25. Nesse sentido: Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*..., p. 63); A. J. da Costa e Silva (*Código Penal*..., v. 1, pp. 67-68); Aníbal Bruno (Direito penal, t. I..., p. 317); Basileu Garcia (*Instituições de direito penal*. v. 1. t. I. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 226); Julio Fabbrini Mirabete (*Manual de direito penal* – Parte geral. 18. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 112); Claus Roxin (*Derecho penal – Parte general*..., p. 350); Hans Welzel (*Derecho penal aleman*. Trad. Juan B. Ramírez e Sergio Y. Pérez, Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 1970, p. 69); Eugenio Raúl Zaffaroni (*Tratado de Derecho Penal* – Parte general. t. III. Argentina: Ediar, 1998, p. 272); Sebastian Soler (*Derecho penal argentino*. t. I. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953, p. 303), dentre outros.

2.2.2 *Causação alternativa e hipotética e a fórmula da condição conforme às leis*

Pondera-se, também, que a teoria da equivalência não traria uma solução adequada aos casos nos quais hipotética ou efetivamente concorram duas ou mais causas para um mesmo resultado, sendo cada qual suficiente, por si só, para produzi-lo, problemas colocados pela doutrina sob as nomenclaturas de *causação hipotética* e *causação alternativa*.

A causação hipotética ocorre, por exemplo, quando um algoz é designado pelo Governo dos Estados Unidos para levar a cabo a execução de um condenado à pena de morte. Após ocorrer a execução, aplicando-se o procedimento hipotético, suprimindo-se a conduta do algoz, de pôr em funcionamento a cadeira elétrica, chegar-se-ia a conclusão de que este não contribuiu com uma causa para a morte, eis que, ainda que ele houvesse se recusado a praticar tal ato, outro o faria em seu lugar.

Tal problema ocorre de forma idêntica nas grandes organizações criminosas, como no PCC, por exemplo, nas quais o *domínio do fato* pertence muito mais ao líder do que ao executor da conduta, que pode facilmente ser substituído por outro.

Para tentar corrigir esse problema, Spendel propôs que, na aplicação do procedimento hipotético de eliminação, não seria cabível incluir outras condições com seus efeitos hipotéticos, devendo-se levar em conta somente as efetivamente concorrentes, sem realizarem-se juízos de possibilidade.[26]

Como aponta Jakobs, todavia, se já se tem o prévio conhecimento de quais foram as condições *efetivamente* concorrentes, não há a necessidade da aplicação do procedimento hipotético, o qual restaria supérfluo.[27]

26. Günter Jakobs. *Derecho penal* – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 228.

27. "Desde logo, quando se sabe o que é condição e o que é condição substitutiva, o 'suprimir mentalmente' não é senão lastre supérfluo" (Günter Jakobs, *Derecho penal* – Parte general..., p. 228).

Quanto ao caso da causação alternativa, no qual concorram, efetivamente, duas ou mais causas, Wezel trouxe à baila sua tão repetida hipótese, segundo a qual, dois sujeitos ministrem, independentemente, uma dose letal de veneno, na comida de um terceiro.[28]

Sendo cada uma das doses, por si só, suficiente para matar a vítima, subtraindo-se mentalmente a conduta de um dos envenenadores, teríamos que a do outro a teria matado, alternativamente, e, por conseguinte, segundo o procedimento hipotético, nenhum dos envenenadores poderia ser responsabilizado pelo delito consumado, senão por tentativa de homicídio.

A solução que Wezel perigosamente sugere, consiste em que:

"...nestes casos, a fórmula das condições tem de ser expressa do modo seguinte: Se diversas condições podem ser suprimidas mentalmente de forma alternativa sem que o resultado desapareça, mas não de forma cumulativa, cada uma delas é causal para o resultado".[29]

Como aponta Roxin, se por um lado a fórmula de Wezel permite a responsabilização de ambos os envenenadores pelo delito consumado, por outro, é perigosa, na medida em que culmina na consideração de eventos não causais, como causas, conduzindo à responsabilização "ainda que o aporte de um [dos envenenadores] não houvesse sido em absoluto eficaz, é dizer quando somente seria lícito impor a pena de tentativa. Por tanto, não é melhor que a originária fórmula da eliminação, senão que substitui um defeito por outro".[30]

Para uma correta análise, neste caso, temos de levar em consideração, que a vítima não morreu duas vezes, mas uma só, em tempo e espaço determinados.

28. "A e B colocam, independentemente, uma igual dose letal de veneno na comida de C. Aqui poderia suprimir-se qualquer de ambos os fatores por si só (alternativamente), sem que o resultado desaparecesse...". (Hans Welzel, *Derecho penal aleman...*, p. 68).

29. Hans Welzel, *Derecho penal aleman...*, pp. 68-69.

30. Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., p. 355.

Morrendo uma vez só, temos de considerar duas situações possíveis: a) os efeitos letais da primeira dose, antes de se produzirem integralmente, foram reforçados pelos efeitos produzidos pela segunda dose; ou b) apenas uma das doses de veneno foi, efetivamente, a causa da morte, não havendo os efeitos da outra se produzido.

No primeiro caso, havendo os efeitos letais da primeira dose sido reforçados pelos efeitos produzidos pela segunda, teríamos que ambas concorreram, efetivamente, para a morte da vítima, ocorrida num tempo e num espaço determinados.

Possivelmente, se não houvesse ocorrido a aplicação de ambas as doses, mas somente de uma, a morte da vítima teria ocorrido posteriormente, em tempo e espaço diversos.

Mesmo assim, pela aplicação do procedimento hipotético, chegar-se-ia a conclusão de que, excluindo-se, mentalmente, a conduta de um, o resultado morte continuaria ocorrendo, não se podendo atribuir o caráter de causa a nenhuma das condutas.

Para corrigir esse problema, propôs-se uma forma melhorada do procedimento hipotético, segundo a qual fossem levados em conta somente resultados concretos, conduzindo, portanto, não à conclusão de que nenhuma das aplicações de veneno seria causa, mas que ambas o são, por sua exclusão acarretar numa alteração do resultado, em espaço e tempo, mesmo porque, tomando-se o resultado morte *abstratamente*, chegar-se-ia a conclusão de que nunca haveria um nexo de causalidade entre a ação de um assassino e a morte, eis que, todos morremos um dia e, portanto, eliminando-se, mentalmente, a manifestação corporal do agente, ter-se-ia que, mesmo assim, a vítima ainda morreria, nem que fosse por efeito de sua velhice.[31]

31. "Naturalmente que, deste modo, somente consideramos o resultado em sua forma concreta. O que importa, em suma, não é que *B* houvesse morrido sem a manifestação de vontade de *A* (por meio de seu movimento corporal voluntário), senão que haja morrido tal dia e de tal

Problema ainda maior seria considerar a hipótese de, apesar de haverem concorrido ambos os envenenadores para a morte da vítima, não haver alteração nenhuma do resultado, no espaço e no tempo, com relação à hipótese de apenas um deles haver procedido no envenenamento.

Aplicando-se, pois, o procedimento hipotético de eliminação, suprimindo-se mentalmente a conduta de qualquer dos envenenadores, o resultado permaneceria o mesmo.

Hipótese semelhante é a de decisão da prática de uma infração penal contra o meio ambiente, tomada pela votação unânime dos diretores de determinada empresa – na qual era necessária, para a aprovação, somente a maioria simples. Pelo processo hipotético de eliminação, perceber-se-ia que a conduta de cada um dos votantes poderia ser, isoladamente, excluída, sem prejuízo de igual resultado.

Há quem entenda que as próprias condutas façam parte do resultado, de modo que, em tais casos, a supressão hipotética de algumas condutas, acarretaria em resultado diverso, eis que, ao invés de haver sido produzido por todas as condutas, haveria sido produzido por apenas parte delas.[32]

Em todas essas hipóteses, contudo, a solução concreta somente poderia ser efetivada pelo conhecimento prévio, por meio da competente perícia ou investigação, de que todas as condutas foram efetivamente causais, ou não, perdendo sentido a realização do procedimento hipotético de eliminação.

Na segunda hipótese, se da perícia resultasse que apenas uma das doses teve efeitos com relação à morte da vítima, embora a outra conduzisse também ao mesmo resultado, da mesma forma a supressão mental de qualquer das condutas só serviria para gerar confusão, pois conduziria à solução de que ambos não causaram a morte.

modo". (Franz von Liszt. *Tratado Tratado de derecho penal*. 2. ed. t. II. Trad. de la 20. ed. alemana por Luis Jiménez Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, pp. 292-293).

32. Claus Roxin, *Derecho penal – Parte general...*, nota de rodapé n. 36, p. 354.

Nesse sentido, Roxin é ainda mais esclarecedor:

"...se se quer saber se a ingestão do sonífero 'contergan' durante a gravidez causou a malformação dos bebês nascidos subseqüentemente (...) não serve de nada suprimir mentalmente o consumo do sonífero e perguntar se em tal caso haveria desaparecido o resultado; pois esta pergunta somente se pode responder se se sabe se o sonífero é causal ou não com relação às malformações, mas se isso se sabe, a pergunta está de mais. Em uma palavra: a fórmula da supressão mental já pressupõe o que deve averiguar-se mediante a mesma."[33]

Por tal razão, substitui-se essa fórmula, pela da *condição conforme às leis*, segundo a qual o nexo causal é aferido entre a condição e o resultado, quando, em consonância com as leis naturais, tal nexo existir.[34]

Segundo essa fórmula, em geral, a análise causal é possível, independentemente de qualquer averiguação empírica – por meio da competente perícia –, eis que não só as pessoas têm noção das conseqüências das condutas, como, quando isso não é possível, o próprio material científico, atualmente acumulado, proporciona registro suficiente para a apuração de tais conseqüências, não sendo necessário realizar-se, em cada análise, a experimentação, podendo-se recorrer aos registros já realizados, mesmo nas cadeias causais mais complexas.

33. Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., p. 350. No mesmo sentido Günter Jakobs: "A fórmula é supérflua porque nem sequer constitui uma definição e ainda menos uma fórmula para determinar a causalidade. Com efeito, o produto do exercício da supressão mental somente se pode determinar se se sabe de antemão se a condição é causal: A fórmula não é senão um círculo vicioso, porque o conceito que há de se definir aparece oculto no material com que se define". (*Derecho penal* – Parte general..., p. 227).

34. "Por isso se impôs amplamente na ciência atual a fórmula, que remonta a Engisch, da 'condição conforme às leis', que em sua versão mais rotunda, redigida por Jescheck, afere a concorrência de causalidade atendendo a se 'se a uma ação se vincularam modificações no mundo exterior subseqüentes no tempo, que estavam unidas com a ação segundo às leis (naturais) e que se apresentam como resultado típico". (Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., p. 351). No mesmo sentido Günter Jakobs: "Importa somente saber se um comportamento condicionou um resultado (conforme uma lei causal), o que há de julgar-se com ajuda da experiência geral ou de peritos". (*Derecho penal* – parte general..., p. 229).

Posteriores investigações científicas só se farão necessárias quando a relação de causalidade for duvidosa e o material científico disponível for insuficiente.

Se não existirem, porém, conhecimentos científicos suficientes, com relação à existência de determinada relação de causalidade, no caso concreto, a absolvição será necessária, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.[35]

Por último, resta salientar três pormenores:

1) Para a análise da relação causal segundo a fórmula das leis, necessário considerar o resultado em sua forma mais concreta, incluindo-se todos os elos que conduziram a este, sendo que uma modificação só não será causal se não importar numa alteração relevante do modo e forma, assim como do tempo e lugar, da realização de um elemento do tipo.[36]

Assim, matar um doente terminal é causal, ainda que o resultado fosse ocorrer de qualquer forma, ao passo que o fato de mudá-lo de cama, se não agravar seu estado, não terá importância alguma no âmbito da causalidade, com relação ao resultado morte.

2) Os cursos causais hipotéticos, como o fato de que o resultado criminoso seria praticado por uma outra pessoa, se o criminoso não o houvesse praticado, não têm importância, em geral, a não ser no caso de interrupção dos cursos causais salvadores, como, por exemplo, o caso do médico que desliga indevidamente os aparelhos que mantém o doente vivo ou do agente que impede que uma lancha chegue até à vítima que estava se afogando na água, que, de outra forma, se salvariam.[37]

Nestes casos, a causação não deixa de ocorrer realmente, como salienta Jakobs:

35. Reinhart Maurach. *Derecho penal* – Parte general. v. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson da 7. ed. alemã atualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1994, p. 319.

36. Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., pp. 352-3.

37. Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., p. 359.

"Quando concorre um processo causal salvador do resultado, todas as condições do resultado dadas, somente são suficientes com o requisito adicional de que seja detido o processo causal salvador do resultado."[38]

3) Não ocorre a "interrupção" do curso causal quando, entre a conduta do partícipe e a execução do fato criminoso, se interpuser a livre vontade de alguém, ou seja, a ação dolosa de outro partícipe, executando o fato criminoso, eis que os fenômenos psíquicos, segundo a mais moderna ciência, não estão livres de determinismo causal – como demonstrado acima[39] –, como se fizessem parte de outro mundo, porém estão submetidos à causação como qualquer outro fenômeno, diferenciando-se apenas por sua complexidade, dada a amplitude de fatores que concorrem em sua determinação.

2.2.3 Confusão da condição com a causa e a teoria do conjunto das condições

Critica-se a teoria da *equivalência*, em sua formulação como *conditio sine qua non*, ademais, por confundir a condição – ou evento isolado – com a causa, como aponta o Professor Paulo José da Costa Júnior:

"À teoria da *conditio sine qua non* pode-se objetar que parte de um erro de perspectiva, confundindo a parte (condição) com o todo (causa). (...) Aí está o salto mortal da doutrina, no plano lógico. O fato de o desaparecimento de

38. Günter Jakobs, *Derecho penal* – Parte general..., p. 234.

39. Ver acima a transcrição da manifestação de Freud. No mesmo sentido: "Por último, tampouco falta causalidade se o nexo conforme às leis é produzido (transmitido) através da psique de outro" (Claus Roxin, *Derecho penal* – Parte general..., p. 357). "Também o que induza um sujeito inteiramente imputável a cometer um fato é causa do resultado do fato se este se realiza. Exemplo: A amante proporciona veneno ao seu amante casado, como o qual este mata dolosa e cupavelmente a sua esposa. É, pois, desacertada a versão mais antiga da doutrina da proibição de regresso, conforme à qual uma relação causal não permite mediação por parte de um sujeito que atue dolosa e cupavelmente, senão que se vê interrompida". (Günter Jakobs, *Derecho penal – Parte general...*, p. 236).

uma condição vir a cancelar o resultado não importa a identificação da condição com a causa".[40]

Segundo essa teoria, como dito, a causa é a *conditio sine qua non* (a condição sem a qual não) se verificaria o resultado, o que resulta na existência de várias causas para uma mesma alteração no mundo das coisas.

A existência de várias causas para um mesmo resultado, contudo, é incompatível com a relação de caráter necessário que deve existir entre a causa e seu efeito, que é o elemento essencial da teoria da causação.

Essa relação necessária consiste em que a causa, necessariamente, determine a ocorrência do efeito, ou seja, verificada a causa, necessariamente, deve verificar-se o efeito.

Contudo, se existem várias causas que são todas, em seu conjunto, necessárias para a produção do resultado, não se pode dizer que, verificando-se uma só delas, ocorrerá o resultado, já que o resultado depende da verificação de todas elas.

Assim, a teoria da *equivalência*, em sua versão como *conditio sine qua non*, tal como o modelo de causação de Galileu, não se mostrou adequada à solução do problema da causalidade, eis que o conceito de causa por ela abarcado é incompatível com o conceito essencial de causa, que exige a existência de uma relação de caráter necessário e suficiente entre causa e seu efeito.

Como já mencionado também (ver item *I Conceito de causa*), solução mais adequada foi proposta por John Stuard Mill.

Mill propôs um modelo causal, segundo o qual existe apenas uma causa, para um resultado, qual seja, o conjunto das condições (*the assemblage of the conditions*), também denominado por Aníbal Bruno de teoria da *totalidade das condições*.[41]

40. Paulo José da Costa Júnior, *Nexo causal...*, p. 80.

41. Aníbal Bruno. *Direito penal* – Parte geral. 2. ed. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 308.

A teoria de Mill tem a vantagem de ter aplicabilidade prática muito semelhante ao modelo da *conditio sine qua non*, sendo a ela aplicável a fórmula da condição conforme às leis, além de ser plenamente compatível com a idéia essencial da teoria da equivalência, que é a equivalência dos antecedentes, no curso causal.

A grande diferença desse modelo é que não propõe que a manifestação corporal, bem como eventos isolados, em geral, sejam considerados a causa de uma determinada alteração no mundo das coisas, porém, apenas como condicionantes ou concorrentes.

Disso resulta que, ao contrário do modelo da *conditio sine qua non*, para esta teoria, somente a relação existente entre o conjunto das condições e o resultado pode ser qualificada de *relação* ou *nexo de causalidade*.

A relação existente entre o antecedente isolado e o resultado é apenas uma *relação de condicionamento*.

Além das críticas opostas, e já esclarecidas, com relação à teoria da equivalência, na modalidade da *conditio sine qua non*, objeta-se, quanto a esta, em sua formulação como *conjunto das condições*, que esta seria muito ampla, pois, segundo ela, o agente não causaria o resultado, como sustenta Aníbal Bruno:

"Esta teoria, que corresponde à realidade das coisas no processo geral dos fenômenos, não se ajusta à solução do problema dentro da ação humana, onde não se trata de determinar as causas de certo resultado, mas de saber se determinada condição posta pelo homem pode considerar-se causa em relação a êsse resultado. O que importa não é considerar a força causal das condições em seu conjunto, mas de uma delas isoladamente."[42]

Esta crítica parte do pressuposto de que, no âmbito jurídico, para uma melhor análise causal, haveria vantagem em se considerar que toda vez que o homem contribui para um determinado crime, sua manifestação corporal deve

42. Idem, p. 309.

ser considerada como causa, apesar de, cientificamente, o melhor modelo de causação, prescrever que a manifestação corporal humana, nesse caso, tratou-se de mera condição.

De nossa parte, não vislumbramos nenhuma vantagem; pelo contrário, tal atitude só derivaria em confusões, além de contribuir para um empobrecimento da ciência jurídica, que seria relegada a tratar com conceitos equivocados.

Além disso, ao perceber-se que um homem jamais causa um crime na sua integralidade, o jurista tem a possibilidade de vislumbrar melhor os fatos criminosos, podendo avaliar com mais precisão o aspecto causal do delito, mesmo porque, este se apresenta consubstanciado por uma série de antecedentes, sendo toda a complexidade da teoria da causação, oriunda, justamente, dessa pluralidade de eventos, como já assinalado por Nélson Hungria:

"Se todo o evento tivesse na ação ou omissão a sua causa única e exclusiva, não se apresentaria o problema: este nasce da complexidade de antecedentes causais daquele, entre os quais a ação ou omissão não é senão um elo da extensa cadeia."[43]

3. Conclusões

1) Sempre que o resultado criminoso (alteração no mundo das coisas) encontrar-se separado, no espaço e no tempo, da manifestação corporal do agente, é necessário estabelecer-se uma relação entre aquele e este, de tal maneira que tal resultado possa ser referido ao agente como obra sua, sendo que, nos delitos de ação, o primeiro pressuposto da existência de uma tal relação é a presença de um nexo de condicionamento.

43. Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. *Comentários ao Código Penal...*, v. 1. t. II, p. 60.

2) O modelo de causação mais adequado é o de John Stuard Mill, segundo a qual, com o intuito de preservar o caráter de necessidade da relação entre causa e efeito, reduz-se a causa a uma só: o conjunto de todos os antecedentes ou condições.

3) Segundo a teoria da equivalência, em sua formulação como *conditio sine qua non*, ao contrário do modelo de causação de John Stuard Mill, consideram-se como causas cada um dos antecedentes necessários, sem os quais o resultado não ocorreria.

4) A teoria da equivalência não estende a responsabilidade penal ao infinito, eis que, segundo ela, a existência de uma relação de natureza causal é apenas o primeiro pressuposto de imputação, nos delitos de ação e, para a responsabilização penal, em tais casos, necessária também a presença de *culpa* (em sentido amplo) e de *antijuridicidade*.

5) O *procedimento hipotético de eliminação* é supérfluo e gera confusão, sendo o melhor método para se apurar a existência de uma relação causal, a fórmula da *condição conforme às leis*.

6) Da mesma forma que o modelo de causação de Galileu, a teoria da equivalência, na modalidade *conditio sine qua non*, provoca uma confusão da condição com a causa, desvirtuando o caráter de necessidade e suficiência que deve existir na relação entre causa e efeito e, por tal razão, merece ser substituída pela teoria da equivalência, na forma do modelo do *conjunto das condições* de Stuard Mill, considerando-se como causa somente a totalidade dos antecedentes necessários, sendo a relação existente entre o antecedente isolado e o resultado, apenas uma *relação de condicionamento* e não uma relação de causalidade.

4. Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – Parte geral. 2. ed. t. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BUNGE, Mário. *Causalidad*: el princípio de causalidad em la ciencia moderna. Trad. Hernán Rodriguez. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.

COSTA E SILVA, A. J. da. *Código Penal.* Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, anotado). v. 1. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro (comentado)* – Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. v. 2. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. 16. ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREUD, Sigmund. *Obras completas.* Trad. Luis L. Y de Torres. 3. ed. t. I. Madrid: Biblioteca Nova, 1973.

GALILEI, Galileu. *O ensaiador.* Trad. Helda Barraco. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal.* v. 1. t. I e II. São Paulo: Max Limonad, 1952.

HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz.* 7. ed. Trad. Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2002.

HUME, David. *Tratado da natureza humana:* uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Unesp: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940). v. 1. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal.* 5. ed. v. 1. t. II Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, Günter. *Derecho penal* – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis S. G. de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1997.

JESUS, Damásio E de. *Direito penal* – Parte geral. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal.* 2. ed. t. II. Trad. de la 20. ed. alemana por Luis Jiménez Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal* – Parte general. v. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson da 7. ed. alemã atualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 1994.

MILL, John Stuard. *A system of logic ratiocinative and inductive:* being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. Livros I-III, Londres: Routledge, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral. 18. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* 2. ed. v. 1. São Paulo: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. t. I. Trad. da 2. ed. por Diego-Maniel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 2003.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino.* t. I. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953.

TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan B. Ramírez e Sergio Y. Pérez. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal* – Parte general. t. I-IV. Argentina: Ediar, 1981.

2. Processo Penal

Suspención condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?

Pablo Galain Palermo
Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Salamanca-España.
Colaborador Científico del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg i.B.-Alemania.

Resumo: O Direito Penal como instrumento de controle social secundário vem se expandindo continuamente. Ao mesmo tempo deseja ser mais rápido e mais eficiente. Essa equação complicada entre a infração normativa e a maior rapidez e eficiência processual força o legislativo a procurar mecanismos de resolução alternativos, não somente para as penas, mas também para o próprio processo penal. No contexto geral, e particularmente no Direito Penal alemão, deve-se analisar a combinação entre a alternativa da reparação de danos através da decisão da não instauração de processo (cfr. § 153a.1 StPO) ou através da decisão da suspensão condicional do processo (cfr. § 153a.2 StPO). Este estudo analisa, de forma crítica, a funcionalidade das normas, como a § 153a do Código Alemão (StPO), no que diz respeito aos interesses da vítima, além dos princípios e garantias da lei penal substantiva..Assume também uma visão crítica desse tipo de norma, que está próximo a idiossincrasia do sistema do Estado de Direito. Tudo isso acontece pois respondem à lógica de barganha, própria da tradição do Direito Comum

(*common law*), em vez da procura de um consenso para a resolução do conflito legal causado pelo crime. Esse tipo de norma não considera que, nos sistemas com base no Direito Civil, há princípios e garantias como a igualdade perante a lei.

Palavras-chave: Barganha – Reparação – Disposição – Eficiência processual.

Resumen: Este artículo tiene su origen en la conferencia pronunciada en el Coloquio Luso-Alemán "Que futuro para o direito processual penal?", Jornadas en Homenaje al Prof. Jorge de Figueiredo Días celebradas en la Universidad do Minho-Portugal entre el 21 y 23 de marzo de 2007. En idioma portugués y con el título "Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal", se publicará en el Libro Homenaje de próxima aparición por la Editorial Coimbra. Asimismo en castellano fue publicado en España en la Revista Penal 20, julio 2007, editorial La Ley, ps. 58-73. Aquí se presenta una versión reducida y actualizada que contiene ligeras variantes en relación con las dos mencionadas. Este trabajo analiza la posibilidad que brinda el parágrafo 153a.1 del StPO (Código del Proceso Penal alemán) de ejercer la discrecionalidad, sustituyendo la acción penal tradicional por la imposición de obligaciones, condiciones o instrucciones, así como la modalidad prevista en el parágrafo 153a.2 del StPO, que permite suspender provisoriamente el procedimiento penal a cambio del cumplimiento de obligaciones, condiciones o instrucciones, que una vez satisfechas excluyen la punibilidad. La norma en cuestión indica, de forma taxativa, las cargas que pueden ser impuestas para que se efectivice, con el consentimiento del supuesto autor, la suspensión o no iniciación del proceso. De todas las posibles obligaciones, condiciones o instrucciones que ofrece el legislador, me refiero exclusivamente a la figura de la reparación, que en mi opinión cumple una función de "equivalente funcional de la pena". El análisis del tema se realiza ofreciendo, por una parte, los aciertos y errores político-criminales del parágrafo 153a del StPO, y por otra, señalando los errores y aciertos de este tipo de normas procesales a partir de una perspectiva dogmática y de derecho material.

Palabras clave: Negociación – Reparación – Disposición – Eficacia procesal.

Sumario: 1. Introducción y presentación de la problemática – 2. Desarrollo de la cuestión – 3. Importancia práctica y peligro teórico del parágrafo 153a StPO – 4. Naturaleza jurídica de las condiciones, obligaciones o instrucciones – 5. Reparación y sobreseimiento – 6. Conclusión – 7. Bibliografía.

Área do direito: Penal; Processo penal

1. Introducción y presentación de la problemática

1.1. A nivel de derecho penal comparado, en los últimos años se puede apreciar un fenómeno esquizofrénico –que por una parte– acepta la expansión constante del Derecho penal y –por outra– pretende una mayor celeridad y eficacia. Este proceso –que a primera vista parece antagónico– se pretende llevar a cabo sin vulnerar los principios y garantías fundamentales del sistema jurídico-penal.[1]

Desde un punto de vista político-criminal y dogmático, la esquizofrenia de este fenómeno parece recibir el amparo y legitimación de un marco teórico que aspira a la funcionalidad del Derecho penal. Dicha funcionalidad se pretende

1. Para un panorama de la actualidad del sistema jurídico penal alemán vide Madlener. Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán. En: Bueno Arús/Kury/Rodríguez Ramos/Zaffaroni (directores), Guzman Dálbora/Serrano Maíllo (editores), *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Dykinson: Madrid, 2006, ps. 837 y ss. A nivel comparado vide Perron. Rechtsvergleichender Querschnitt. En: Perron (Hrsg.) *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Friburg/Br., 1995, p. 559 y ss. También en la doctrina portuguesa hay quien hace referencia a este problema. Vide por todos Ferreira Monte. Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime. Da Costa Andrade; De Faria Costa; Miranda Rodrigues/João Antunes (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Ed., 2003, p. 132.

incluso por encima de los postulados liberales y garantistas.[2] Político-criminalmente tampoco es fácil congeniar la expansión penal con la búsqueda de celeridad y eficacia.

Así las cosas, como dicho fenómeno no encuentra fácil acomodo en el Derecho penal material, el legislador moderno busca la solución del mismo en el proceso penal.

1.2. Consecuencia de la influencia cada vez mayor de los sistemas procesales del *common law* frente a los del *continental law,* es la adaptación constante de los principios fundamentales de legalidad,[3] persecución obligatoria de todos los delitos, no disponibilidad del objeto del proceso en materia penal, carga del acusador de la prueba de la culpabilidad del imputado, *nemo tenetur*, etc, a una nueva y disímil realidad.[4] Así, entre otras cosas, los sistemas europeos continentales aceptan como principios básicos los de oportunidad,[5] de discrecionalidad del ministerio público (si bien con excepciones y controles del juez o la víctima) y de negociación intra-proceso entre fiscal e indagado (como si en Europa continental existieran verdaderos procesos de partes).[6]

Este fenómeno de adaptación procesal de figuras extrañas al proceso continental trae consecuencias negativas no sólo para las garantías de los justi-

2. En defensa de estos principios, vide Hassemer. Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts, *ZRP*, Heft 10, 1992, ps. 379 y ss.

3. Vide Zipf. *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Ta.* Verlag Anton Pustet, Salzburg/München, 1975, ps. 14 y ss.

4. Vide Schünemann. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Tecnos, 2002; Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die "Bananenrepublick"?. *Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. am 20 Oktober 2004.* Roderer: Regensburg, 2005.

5. Vide Kunz, *Das strafrechtliche "Bagatellprinzip". Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung.* Berlin: Duncker&Humblot, 1984, ps. 34 y ss.

6. Vide Weigend, Abgesprochene Gerechtigkeit", *JZ*, 1990, ps. 744 y ss; Hassemer, Pacta sunt servanda –auch im Strafprozeß –BGH, *NJW* 1989, 2270", *JuS* 1989, Heft 11, ps. 892 y ss.

ciables (desigualdad de armas, autodeclaración de la culpabilidad, prescindencia del diligenciamiento de la prueba, renuncia expresa a la revisión de la causa en apelación o casación) sino también para el Derecho penal material y el Derecho constitucional. En ese sentido, se ven afectados los principios fundamentales de *ultima ratio*, fragmentariedad, de tutela de los bienes jurídicos como fin del Derecho penal y legitimidad de la creación de tipos penales y de culpabilidad, así como el principio constitucional de presunción de inocencia.

1.3. La búsqueda de consenso entre fiscal e indagado dentro del procedimiento penal, como forma de solucionar el conflicto (abreviadamente, con o sin pena), obliga a preguntarnos, si la abreviación de etapas procesales y la negociación sobre la consecuencia jurídica que ponga fin al conflicto sin la consiguiente declaración de culpabilidad, que parecen encontrar legitimidad formal, gozan también de una justificación material.[7]

1.4. De todas estas cuestiones problemáticas que he someramente enunciado, dentro de lo que podría llamarse "soluciones de consenso", centraré mi atención en la figura de la reparación considerada como una obligación o condición que una vez cumplida por el imputado sirve para decretar el sobreseimiento y extinguir la punibilidad.[8]

7. El legislador alemán, en los últimos años, ha concentrado su atención en la posibilidad de renunciar a la pena en aquellos supuestos que revistan poca importancia, sea por el escaso contenido del injusto o de la culpabilidad y por falta de interés público en la persecución. Sucesivas reformas del derecho material (cfr. parágrafos 46a, 56, 59 y 60 del StGB) y del formal (cfr. §§ 153 y ss. del StPO) así lo demuestran. Vide Galain Palermo, *Reparación a través del consenso como equivalente funcional de la pena.* Tesis de Doctorado Europeo. Universidad de Salamanca, 2006, ps. 216 y ss. En vías de publicación.

8. § 153a (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional) (1) "Con el consentimiento del inculpado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al inculpado 1. aducir una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y si no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía

Concretamente, me interesa demostrar, cómo en determinadas ocasiones la reparación puede llegar a ocupar el lugar de la pena, constituyendo un equivalente funcional de la misma.

2. Desarrollo de la cuestión

2.1. En el ordenamiento penal de Alemania la reparación cumple distintas funciones: 1) como atenuante o eximente de pena (cfr. §§ 46 y 46 a StGB); 2) como condición u obligación impuesta al condenado (cfr. §§ 56 b y 59 a StGB y § 153 a StPO); 3) como sustitutivo de la sanción penal (§§ 153a StPO; 4 AE-WGM); 4) como consecuencia jurídica autónoma en el Derecho penal de menores (cfr. §§ 10 y 15 JGG).

Aquí me interesa únicamente la reparación como Auflage (condición u obligación) o Weisung (instrucción) impuesta al condenado contenida en el § 153a StPO que la convierte en sustitutivo de la sanción penal.

2.2. Para que la reparación tenga naturaleza de condición, obligación o instrucción que permita la discrecionalidad del fiscal o el sobreseimiento condicionado de la causa, se requiere que la gravedad de la culpabilidad y el interés general no se opongan.[9]

Estas figuras, que permiten la prescindencia del proceso y de la pena cuando no exista un interés público en la persecución y cuando la medida de la culpabilidad no lo impida, deberían obedecer a los criterios de merecimiento y de

da al inculpado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1.º, núm. 4. La fiscalía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del inculpado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el inculpado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el inculpado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2.º...".

9. Vide Beulke, Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 145a StPO", Festschrift für Hans Dahs. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2005, p. 211.

necesidad de pena. Sin embargo, de la forma en que son utilizados por el legislador e interpretados por la doctrina, no representan otra cosa que meros principios de economía procesal.[10]

En efecto, la facultad que tiene el Ministerio Público de no ejercer la acción pública es una clara manifestación del principio de oportunidad (cfr. §153 a.1 StPO) y la potestad que tiene el juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. §153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las "condiciones" u "obligaciones" o de las "instrucciones" de reparar material o simbólicamente el daño causado, reafirman la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la pena.

2.3. La reparación que permite la discrecionalidad o la exención de la punibilidad requiere de la aceptación del juez y del presunto autor, es decir, se trata de una solución de consenso. El § 153a StPO solicita de la conformidad del juez, salvo cuando se trate de delitos (*Vergehen*) que no estén amenazados con una pena de alzada en el mínimo (por ejemplo, cuando se trata de un delito simple, según el § 38 StGB, aquellos que no superen un mes de pena como mínimo) o que sus consecuencias sean mínimas (por ejemplo, se pretende excluir de la posibilidad del sobreseimiento puro o condicionado en aquellas ofensas patrimoniales que excedan un determinado monto[11] así como en los casos de violencia doméstica).[12]

10. De la misma opinión Paliero, *Minima non curat praetor. Hipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*. Cedam: Padova, 1985, p. 337.

11. Por ejemplo, en los estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen y Hessen. Por consiguiente, para que sea posible recurrir a los parágrafos 153 e 153a del StPO, el valor del daño ocasionado no puede superar los 25 Euros. Vide Elsner/Peters, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System". En: JEHLE, Jörg-Martin; WADE, Marianne (Eds.). Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe, Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, ps. 220 y 222.

12. En el Land de Niedersachsen, debido al interés público que existe en la persecución de este tipo de delitos. Vide Elsner/Peters, "The Prosecution Service", cit., p. 221, nota 18.

2.4. Esta discrecionalidad condicionada sólo tiene lugar en materia de mediana y pequeña criminalidad,[13] con un ámbito de actuación que se limita a delitos conminados con penas de hasta un año de prisión o 180 días multa. El fiscal dispondrá de este beneficio procesal (con el consentimiento del presunto autor y del juez) toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente; pero una vez ejercida la acusación es el juez de la causa (con el consentimiento del presunto autor y del fiscal) quien puede disponer de este instituto.[14] Por tanto, se trata de una *forma del tipo consensual* que puede darse bajo una estructura triangular: fiscal-juez-acusado. Sin lugar a dudas, disposiciones como ésta, permiten el desarrollo de elementos propios de una *negociación* en un proceso marcado por la legalidad, con indicios de oportunidad como los presentes parágrafos 153a y ss StPO. De todas formas, conviene aclarar, que este parágrafo no indica que el fiscal pueda ejercer un poder discrecional sobre la acción penal, sino que va mucho más allá, al permitir la imposición de una condición u obligación (mandato) a cambio del no ejercicio de la acción penal.[15] Las posibilidades que otorga la norma en cuestión y el poder de disposición que ha obtenido el representante

13. Vide Hobe, Geringe Schuld und "öffentliches Interesse" in den §§ 153 und 153a StPO, Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, Müller Verlag, 1983, ps. 642 y s.

14. Dice el § 153a (2) "Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculpado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobados por última vez, y al mismo tiempo puede otorgar al inculpado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1.º, inciso 1.º. Se aplican análogamente apartado 1.º incisos 2.º hasta 5.º. La solución según el inciso 1.º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4.º también es válido para una constatación que, según el inciso 1.º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas. (3) Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones".

15. La doctrina reconoce este amplio poder de discrecionalidad del fiscal y explica esta posibilidad dentro de las formas de *diversion* que tienen el objetivo de descongestionar los tribunales de causas penales que revisten poca importancia. Vide Jehle, "The Function of Public Prosecutor within the Criminal Justice System. Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study", JEHLE/WADE (Eds.). *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, cit., p. 22. De todas formas el poder de discreción se ve limitado por un numerus clausus de

del Ministerio Público respecto al procedimiento, han llevado a algún autor a preguntarse si en Alemania el fiscal no se ha convertido en un juez que actúa delante del juez.[16]

Como ya fuera dicho, esta disposición se aplica sólo a delitos (*Vergehen*), –quedan excluidos los crímenes (*Verbrechen*)– y el plazo que se otorga para efectivizar la reparación no puede superar los 6 meses.[17] Cumplida esta obligación en tiempo, el sobreseimiento se torna definitivo (cfr. § 467.5 StPO).

Se debe destacar que la resolución del Ministerio Público de archivar el procedimiento basada en este supuesto, no puede ser recurrida, así como tampoco puede ser incoada por la víctima la acción para compeler el ejercicio de la acción penal (cfr. § 172 StPO).[18] Excepcionalmente, la norma permite al fiscal prescindir de la conformidad del juez (y del imputado), en aquellos casos en que se ha pro-

condiciones, obligaciones o instrucciones que pueden llegar a ser "impuestas" en el caso concreto. Vide Beulke, Die Unbenannten, cit., p. 226.

16. Vide Kausch. *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*. Berlin: Duncker&Humblot, 1980, ps. 61 y ss. Es así que el fiscal puede suspender provisionalmente la iniciación del proceso, siempre que el presunto delincuente –entre otras posibles obligaciones– se decida a reparar el daño causado a la víctima. Esta opción no ha estado libre de críticas, principalmente, de algunos penalistas que se oponen a las soluciones formales para los problemas del Derecho penal material. Vide Naucke, *Gutachten 51. DJT*, 1976; ps. 24 y ss; Kubink *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002, p. 465. Incluso se ha dicho que podríamos estar frente a una disposición normativa que beneficia sólo a los autores con poder adquisitivo. Vide Tiedemann, *ZStW*, 86, 1974, p. 302; Walter, *ZStW*, 95, 1983, p. 32, cit. por Kubink, *Strafen und ihre Alternativen*, cit., p. 466. Por todo ello, además, existe un peligro de comercialización del Derecho penal, donde se ofrece la posibilidad de "comprar la libertad". Vide Schmidhäuser, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß? *JZ*, 28. Jg., 17, 1973, ps. 529 y 532.

17. Según el parágrafo 12.2 StGB: "Delitos son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad inferior o con multa". La pena inferior a la que hace referencia es de un año. La limitación a los *Vergehen* indica que quedan excluidos de esta disposición los crímenes (*Verbrechen*). Según el parágrafo 12.1 StGB: "Crímenes son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad, cuyo mínimo es de un año o más."

18. Vide en castellano, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991, p. 47; AA.VV. *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), Dirección de Mireille Delmas-Marty. Trad. De Pablo Morenilla, Edijus, 2000, p. 91.

ducido un delito menor y la pena del mismo no se encuentra elevada o alzada en el mínimo, y además, siempre que las consecuencias ocasionadas sean mínimas o insignificantes. Estos supuestos, en los cuales el fiscal tiene la potestad de no iniciar el caso sin necesidad de requerir la confirmación judicial, han sido duramente criticados por la doctrina, en el entendido que podrían poner en duda la constitucionalidad de los mismos, en cuanto se conceden al fiscal facultades de juzgar que le son ajenas a sus funciones y atentan contra la separación de poderes.[19]

3. Importancia práctica y peligro teórico del parágrafo 153a StPO

3.1. La importancia de una norma como el parágrafo 153a StPO radica en que es la disposición procesal que permite en la praxis, la más rápida posibilidad de acceder a la reparación del daño ocasionado. Sin embargo, su dificultad reside –desde el punto de vista de las garantías– en que su naturaleza jurídica no puede ser entendida como una sanción formal, sino como una forma de desviar el cauce normal de un proceso.[20]

El legislador hasta 1993 había pretendido a través de esta norma solucionar problemas de la pequeña criminalidad, aquella en la que acciones reparadoras del daño social causado, junto a la escasa culpabilidad del autor, permiten –siempre que no se opongan motivos de prevención general– evitar el proceso (o suspenderlo provisionalmente) en cuestiones de mínima cuantía. Sin embargo, con la

19. Vide Hirsch, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. –Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft, ZStW, 1980, ps. 230 y ss.; Saliger, Grenzen der Opportunität: § 153a stop und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.02.2001, GA, 3/2005, p. 160.

20. Vide Saliger, Grenzen der Opportunität, cit., p. 161. En todo caso, se trataría de sanciones informales en el sentido del movimiento de *diversion*, cuya finalidad político criminal es la evitación del proceso penal y las sanciones tradicionales. Vide en castellano Tamarit, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*. Trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa. Barcelona: Fundació Jaime Callís, Barcelona, 1994, p. 43.

Rechtspflegeentlastungsgesetz la norma ha ampliado su ámbito de ingerencia para resolver casos de la mediana criminalidad, como presuntos delitos económicos y tributarios que causan cuantiosos daños en víctimas directas o difusas, siempre que la gravedad de la culpabilidad no se oponga.[21]

La práctica reciente nos revela el caso "Mannesmann", el mayor escándalo financiero de la historia alemana resuelto por esta *vía rápida*.[22] Este caso se refiere a la presunta comisión del tipo de administración desleal (§ 266 StGB) que causó un perjuicio al patrimonio de la empresa y a los accionistas por un valor aproximado 57 millones de euros, en el proceso de adjudicación de la empresa alemana de telefonía *Mannesmann AG* a manos del consorcio inglés Vodafone. Durante el proceso de adjudicación los miembros del órgano societario de supervisión (*Aufsichsrat*) se auto-adjudicaron cuantiosos premios no previstos en sus contratos que "compensaban" sus esfuerzos para revalorizar el precio de la empresa alemana en aras de obtener un mejor precio en la compraventa. Estas adjudicaciones millonarias no contaron con la aprobación de la Junta de Accionistas.[23]

La fiscalía justificó su acusación de administración desleal por la falta de debido control ante los imprevistos gastos de la empresa para premiar a directivos y miembros del Consejo de Vigilancia de la empresa, en perjuicio del capital de

21. Vide Saliger, Grenzen der Opportunität, cit., p. 162.

22. Vide Saliger/Sinner, Abstraktes Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des Mannesmann – Verfahrens nach § 153a StPO, Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik, 12, 2007, ps. 476 y ss.

23. El Presidente del Consejo de Administración, Dr. Esser, recibió un premio de recompensa de 16 millones de euros y una indemnización (que estaba previamente pactada) por abandonar anticipadamente su cargo de Presidente de 15 millones. En total el Dr. Esser recibió la friolera suma de 31millones de euros. Los miembros del Consejo de Supervisión (que no es un órgano ejecutivo de la empresa), entre ellos el Presidente del Consejo de Administración del Deutsche Bank Josef Ackermann y el Presidente del sindicato del metal Klaus Zwickel, se auto-otorgaron premios de recompensa por supuestas contribuciones al éxito de la empresa que ascendían a casi 2 millones de euros. Vide Reeg, "Libertad empresarial y responsabilidad penal en Alemania. La discusión reciente acerca del caso "Mannesmann". *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI*. Lieber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García. Madrid: Colex, 2006, ps. 726 y s.

la propia empresa y de los accionistas (cfe. §§ 116, 112, 93, 87 Abs. 1 AktG). Sin embargo, los acusados fueron absueltos en primera instancia de la acusación fiscal (cfe. sentencia *Landesgericht Düsseldo*rf 22.07.2004), por existir error de prohibición invencible en sus actuaciones (cfe. §§ 16, 17 StGB)[24] en relación al confuso y difuso derecho alemán en esta materia.[25]

24. La sentencia en comento distingue por una parte entre error de prohibición inevitable y por otra la infracción de un deber. Respecto del primero sostiene que el error en que incurren los acusados es inevitable, atendiendo a la circunstancia de que aun los acusados no se hubiesen informado adecuadamente –mediante un informe objetivo, acucioso, conforme a Derecho y responsablemente evacuado por una persona o instancia fiable, experta y objetiva– acerca de la conformidad a Derecho de las conductas propias sujetas a reproche, dicho informe hipotético bien podría haberse pronunciado a favor de la juridicidad de las referidas actuaciones. Sobre el particular, el LG Dusseldorf sostiene que la esencia del error de prohibición inevitable yace en el poder conocer la antijuricidad de la conducta propia en el caso concreto y no en la infracción de un deber general de información y su reproche: "ff) *Unvermeidbarer Verbotsirrtum.* Die Angekl. *Zwickel* und *Dr. Ackermann* handelten jedoch in einem die Schuld ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB. Ohne Bedeutung bleibt, dass sie sich nicht auf einen solchen Irrtum beriefen. Sobald sich Anhaltspunkte für die Annahme dieses Schuldausschließungsgrunds ergeben, sind diese zu berücksichtigen (*BGH,* NStZ 2002, 143). Dieser Irrtum über das Verbotensein ihres Handelns war unvermeidbar. Da das Wesen der Vermeidbarkeit des Irrtums in dem Erkennens-Können der konkreten Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens liegt, kommt es –wenn, wie hier, der Täter selbst keine Auskunft eingeholt hat– nicht auf die Verletzung einer allgemeinen Informationspflicht und deren Vorwerfbarkeit an, sondern auf die Frage, ob eine eingeholte Auskunft bei einer verlässlichen, unvoreingenommenen und sachkundigen Peson oder Stelle, die kein Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet, zur Behebung des Irrtums geführt hätte [...] Nach den Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Angekl. *Zwickel* und *Dr. Ackermann* bei Einholen eines Rechtsrats zu der Frage, ob in der konkreten Situation einem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden eine Anerkennungsprämie der vorliegenden Art gewährt werden darf, im April 2000 die Auskunft erhalten hätten, dies sei rechtlich unzulässig oder aus Rechtsgründen bedenklich. Sie hätten vielmehr die Auskunft erhalten, dass die Anerkennungsprämie an den Angekl. Prof. *Dr. Funk* rechtlich möglich ist. Ein Schuldvorwurf kann deshalb nicht erhoben werden.". Vide *NJW 2004 Heft 45*, 3285. Contradictoriamente, en la misma sentencia (*Landesgericht* (LG) Düsseldorf, *Urteil* vom 22. 7. 2004 – XIV 5/03) se afirma que: "Wer wusste, dass Mannesmann geschädigt wurde, wusste zugleich, dass er pflichtwidrig handelte" ("Quien supo que Mannesmann fue perjudicada, supo al mismo tiempo que actuaba infringiendo un deber"). NJW 2004 Heft 45.

25. Según la sentencia si bien los acusados habían infringido sus obligaciones en relación a la Ley de Sociedades Anónimas (Cfe. § 87.1) ésta no puede ser calificada como "grave" a la luz del estudio de la punibilidad del delito de administración desleal (Cfe. § 266 StGB). *NJW 2004 Heft 45*, 3275 y ss. No obstante la infracción de la obligación de administración leal (Cfe. 87.1) se fundamentó en la falta de acuerdo previo sobre las remuneraciones de los consejeros y la falta

Arguyendo *interés público* en la persecución y otros defectos de fondo, la fiscalía general solicitó la *revisión* del caso ante el Tribunal Supremo (*Bundesgerichthof,* BGH) que dispuso el 21.12.2005[26] la reapertura del juicio ante la 10ª Cámara del Gran Tribunal Penal Económico de Düsseldorf (*Großen Wirtschaftsstrafkammer*).[27]

El 26.10.2006 se reaunudó el procedimiento contra los mismos imputados y apenas transcurridos unos días, el 29.11.2006, la misma fiscalía y el nuevo tribunal accedieron a la solicitud de la defensa de llegar a un acuerdo que pusiera fin al proceso (cfe. § 153a StPO). En el fundamento del acuerdo se recurrió nuevamente al argumento del interés público pero en otro sentido, es decir, se fundamentó la suspensión condicional del proceso (§ 153a.2 StPO) en la falta de *interés público* en la persecución y en la "poca gravedad de la culpabilidad" de los indagados. Ahora bien, para eliminar la falta de interés público en la persecución se requiere a cambio del pago de condiciones u obligaciones que, en algunos casos, ascienden a más de tres millones de euros.[28] De esta forma el acuerdo

de una resolución del Consejo de Supervición en consideración del cuidado del interés de la empresa. No obstante, no cabe la punición de los acusados porque "la empresa se encontraba en buenas condiciones económicas y que el otorgamiento de los premios no se había escondido en absoluto, tomando en cuenta también que las prestaciones de los consejeros habían contribuido al éxito de la transacción de compraventa de las acciones". Vide Reeg, "Libertad empresarial", cit., p. 731.

26. Razonando en sentido opuesto al LG Dusseldorf el BGH sostuvo que el premio es en esencia sólo una recompensa por prestaciones anteriores que no producen ningún beneficio futuro para la empresa. En ese sentido el pago de estos premios es una disminución desleal de fondos de la sociedad a favor de los consejeros. El interés de la empresa es el criterio de adecuación al que tiene que recurrirse para analizar cualquier decisión empresarial. Vide NJW, 2005, 522-531. Contradiciendo el criterio de la "escasa gravedad de la infracción" utilizado por el LG Dusseldorf para negar la punibilidad de los acusados, el BGH sostuvo que "en los casos en los que no existe la posibilidad de derivar beneficios futuros para la empresa, el criterio de la gravedad no es de aplicación... sólo debe aplicarse este requisito de gravedad en los supuestos en los que los consejeros toman una decisión arriesgada para la empresa que, a la vez, abre perspectivas éxito y beneficio en el futuro". Vide Reeg, "Libertad empresarial", cit., p. 733.

27. Vide Saliger/Sinner, Abstraktes Recht und konkreter Wille, cit., p. 477.

28. Según el comunicado de prensa (*Pressemitteilung*) del Landgericht Düsseldorf 09/2006.

entre los indagados y el fiscal recibió la opinión favorable del tribunal y una vez satisfecho (cfe. 05.02.2007), se dispuso que el *interés público* en la persecución se había suprimido[29] y que correspondía poner punto final al proceso sin acusación ni declaración de la culpabilidad. Entre otros argumentos el tribunal legitimó la suspensión condicional y posterior archivo en el transcurso del tiempo desde que sucedieron los hechos (1999-2000), en la escasa posibilidad de encontrar prueba favorable para una imputación y en la economía procesal, en el más puro sentido de la palabra.

De esta forma, los beneficiados con el archivo del proceso tuvieron que desembolsar sumas de dinero muy superiores a lo que les hubiera correspondido en caso de haber sido condenados a una pena de multa. No debe olvidarse, además, que convinieron en reparar parte de los daños causados amparados por el principio constitucional de inocencia.[30] El 60% del monto de la obligación o condición (*Auflage*)[31] acordado fue a parar a las arcas estatales (como si se tratara de una multa) y el resto a distintas instituciones de beneficencia pública arbitrariamente escogidas.

Cuando los procesos no son suspendidos y archivados, casos como *Mannesmann* concluyen con la imposición de una pena de multa. Esto permite deducir desde un punto de vista político-criminal que de convenir una orden de reparación (cfr. § 153 a.1 StPO) o de pagar una suma a una institución de interés público (cfr. § 153 a.2 StPO), se estará dando un mejor destino al dinero que el que recibe con la pena de multa.[32] Sin embargo, esto no legitima la continua utilización de esta

29. Der Kammer erscheinen die den Angeklagten auferlegten Zahlungen ferner geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Vide *Pressemitteilung*, p. 1.

30. Vide Saliger/Sinner, Abstraktes Recht und konkreter Wille, ps. 476 y ss.

31. Die Zahlungen sollen zu 60% der Staatskasse und im Übrigen gemeinnützigen Einrichtungen zufließen. Vide Pressemitteilung, p. 1.

32. Así lo entienden las víctimas encuestadas en Alemania, contrarias a la pena de multa porque dicha pena dificulta las posibilidades de obtener una reparación por parte del autor. Las denuncias de las víctimas ante la autoridad administrativas encargada de reprimir el delito no obedecen a la intención de dar inicio a una persecución sino que son una simple

figura procesal, que por otra parte, tanto en *Mannesmann* como en la gran mayoría de los casos se utiliza en beneficio de las arcas estatales.[33]33

Entiendo que otorgar la facultad al fiscal de no interponer la acción pública en ejercicio del principio de oportunidad (cfr. 153 a.1 StPO) o al juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. 153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las *obligaciones, condiciones (Auflagen)* o *instrucciones* (*Weisungen*), no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la pena.[34] Es decir, el problema central no radica en que pueda simplificarse una causa penal con el consentimiento de los implicados, sino que a esta "negociación" entre la Administración de Justicia y el presunto culpable, que sigue la misma lógica que los *Absprachen*,[35] no se le reconozca su verdadera naturaleza jurídica y finalidad político-criminal.

3.2. Conceptual y técnicamente no estamos frente a un castigo en sentido jurídico, por ello, desde un punto de vista fáctico, tras el acto de reparación el autor es eximido de una acusación formal, de un debido proceso y de un antecedente penal.[36]

exigencia de las compañías de seguro para beneficiarse con el cobro de compensaciones por los daños sufridos. Vide Frehsee, "Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications", *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 235, 1999, p. 236.

33. Por eso no puedo hablar en favor de la disposición del § 153 a.2 StPO que permite el pago de la condición u obligación a favor del Tesoro público.

34. Saliger y Sinner se refieren a determinadas tareas de fiscalización y medición de la pena que se realizan al momento de determinación del tipo y monto de la condición u obligación. Vide Saliger/Sinne, Abstrakter Recht und konkreter Wille, cit., p. 480.

35. Vide Galain Palermo, "Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal", *Revista do Ministério Público*, 106, ano 27, Portugal, abr.-jun. 2006, ps. 49 y ss.

36. Vide Saliger, Grenzen der Opportunität., cit., p. 165. En palabras de Walther: "Technically, none of these orders constitute *punishment* in the legal sense. Hence, the accused will be spared not only a formal accusation and trial but also a criminal record; he or she continues to enjoy the legal benefits of the presumption of innocence". Vide S Walther, Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation. *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente*

En los hechos, la imposición de la condición, la obligación o la instrucción de reparar permitirá –en un determinado plazo de tiempo que puede ir de 6 meses a 1 año–[37] la discrecionalidad fiscal o el archivo de la causa penal, en ambos casos, como si el delito no se hubiera cometido. Esto también implica que los hechos no son probados ni aclarados y que la culpabilidad –a pesar de haber sido valorada en forma previa[38] no es declarada.[39]

3.3. En la praxis, en cuanto refiere a los delitos cometidos por mayores de edad, tanto el Ministerio Público como el Juez no solicitan con frecuencia ni la reparación de la víctima ni la conciliación entre autor y víctima (*Täter-Opfer-Ausgleich*),[40] cuando tienen la posibilidad de hacerlo (cfr. § 153a.5 StPO). Asimismo cuando éstos se deciden por exigir como condición u obligación la reparación, se limitan a la solicitud de la reparación del daño material.[41]

Entwicklungen im Strafprozessrecht, Eser/Rabenstein (Hrsg.). Berlin: Duncker &Humblot, 2004, p. 371.

37. No obstante, según el § 153a StPO, la reparación como condición, obligación o instrucción puede ser realizada en un plazo que varía entre seis y nueve meses. Vide Schulte, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 119.

38. Nótese que con el cambio de redacción operado con la *Rechtspflegeentlastungsgesetz* de 1993 ya no se exige una "geringe Schuld" (culpabilidad leve para aplicar el § 153a StPO) sino que la gravedad de la culpabilidad no se oponga a la suspensión condicional y posterior archivo del proceso.

39. En entrevista otorgada a la Revista *Der Spiegel* de 04.02.2007, Josef Ackermann manifestaba que a pesar de haber pagado una reparación de más de tres millones y medio de euros a cambio del archivo del procedimiento, el no se sentía ni era culpable de cometer ningún delito, estaba amparado por el principio constitucional de inocencia y orgulloso de haber contribuido con este pago a limpiar la imagen del Deutsche Bank y reforzar la credibilidad de la plaza financiera alemana a nivel internacional. El consejo de vigilancia del Deutsche Bank agradeció a Ackermann su buena voluntad para posibilitar el fin del proceso y poder dedicarse por entero a sus tareas en la entidad. De la supuesta responsabilidad de Ackermann en el caso *Mannesmann* nada se ha dicho. Puede consultarse en castellano en <http://www.elpais.com/articulo/empresas/Alemania>, visitado el 26.11.2007.

40. Los operadores del sistema penal alemán recurren a la mediación (*Täter-Opfer-Ausgleich*) sólo en el 3% de los casos llegados a tribunales, cuando entre el 15 y el 30% de ellos eran pasibles de ser resueltos por esta vía. Vide Frehsee, "Restitution", cit., p. 243.

41. En cifras que provienen de la StBA- Staatsanwaltschaften (*Arbeitsunterlage*) 1993 bis 2001 (ab 1995 mit NBL), jew. Tab. 2.2; Prozentuierungen nach eigener Berechnung, podemos indicar que los Fiscales alemanes en 1999 instauraron 4.495.556 procesos de investigación

Como se ha dicho este sobreseimiento condicionado es bastante utilizado por los operadores penales alemanes,[42] sin embargo, cuando lo aplican no se recurre a la reparación del daño como condición u obligación a imponer al autor,[43] sino que se inclinan, generalmente, por el pago de una suma de dinero al tesoro público o a una entidad de beneficencia pública. En realidad se pretende no exigir al autor con condiciones, obligaciones o instrucciones que sean de difícil realización, porque la finalidad político-criminal de esta figura es el descongestionamiento de la Administración de Justicia. Es decir, la condición

(*Ermittlungsverfahren insgesamt*), de los cuales acusaron (*Anklagen*) en 547.564, sobreseyeron en 241.296 (*Einstellungen* § 153a StPO), aplicaron penas de multas (Geldbetrag) en el 85,1% de los casos (205.366), trabajos en beneficio de la comunidad (*Sonstige gemeinnn. Leistungen*) en el 1,4% (3.319) y reparación (*Wiedergutmachung*) en el 4,7% (18.147). En el año 2000 las cifras decrecieron, respecto a la *Wiedergutmachung* a un 6,5% (16.451) de 4.447.024 procesos de investigación y 545.274 acusaciones. En lo que respecta al sobreseimiento del § 153a StPO se aplicó en 252.274 casos. La pena de multa se aplicó en el 86,2% (217.323) y el trabajo en beneficio de la comunidad tan solo en el 1,3% (3.181). Ese año comenzó a regir la posibilidad de la *Täter-Opfer-Ausgleich* (T-O-A) del § 153a Nr. 5 como una orden o instrucción (*Weisung*), aplicándose en el 0,9% de los casos (2.269). En el año 2001 de 4.555.675 procesos investigados, se acusó en 561.314, habiendo sido sobreseídos 258.797, aplicadas multas en el 80,5% (208.379), trabajos en beneficios de la comunidad en el 1,1% (2.797), *Wiedergutmachung* en el 6,3% (16.246) y T-O-A en el 1,0% (2.548). Por su parte, según datos que surgen de la práctica de los Tribunales StBA-Strafgerichte (*Arbeitsunterlage)* 1989-2001 (ab 1993 mit NBL), jew. Tab. 2.3; 4.3, 5.3, 7.3. Additionen und Prozentuierungen nach eigener Berechnung, que en 1999, 2000 y 2001 se tramitaron respectivamente 1.038.887, 1.032.664 y 1.019.554 procesos; de los cuales fueron sobreseídos en aplicación del § 153 StPO 81.459, 77.453 y 76.009 casos; mientras se aplicaron penas de multa en el 81,1% (66.065), 79,9% (61.885) y 77,9% (59.238); habiéndose producido reparación o *Wiedergutmachung* en el 9,0% (7.347), 10,1% (7.848) y 11,5% (8.707). En lo que respecta a la T-O-A, comenzó a aplicarse en el 2001 habiéndose solucionado por esta vía un 0,5% (372) de los procesos instaurados. Agradezco a Michael Kilchling del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional la aportación de material estadístico.

42. En particular, en delitos económicos y criminalidad de cuello blanco, como forma de evitar el juicio en aras de mayor eficacia y celeridad. Una norma que resulta ya imprescindible en el ordenamiento alemán. Vide Wehnert, "Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachepraxis in staatsanwaltschaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht", en *StV*, 4, April 2002, ps. 221 y s.

43. Vide Keudel, *Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleich. Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein*, Weisser Ring, 2000, ps. 63 y ss, p. 219.

u obligación de reparar no debe impedir que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo.[44]

Como surge de las estadísticas que abarcan desde 1993 al 2002 (cfr. nota de pie 41), en todos estos años, la condición u obligación (*Auflage*) impuesta al inculpado en casi el 90% de los casos fue la de pagar una cantidad de dinero a una entidad estatal, como si se tratara de una pena de multa.[45]

3.4 Así las cosas, esta figura que a pesar de las críticas de la doctrina[46] es tan utilizada por la praxis alemana en beneficio de la celeridad de la Administración de Justicia y de las arcas estatales, tiene una consecuencia muy negativa para las garantías y principios liberales del sistema, pues, por medio de la reparación efectivamente cumplida se habrá compensado el injusto y sin embargo, el acto de reparación que compensa el injusto se realiza bajo el amparo constitucional de la presunción de inocencia.[47]

Por tanto, la realización de esa condición, obligación o instrucción habrá cumplido con los fines de la pena en casos de escasa culpabilidad, que no requieran

44. Vide Rieß, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO, *ZRP*, 1983, ps. 93 y ss.

45. Se habla de cifras que superan el 90% para la obligación de pagar una suma de dinero a instituciones de beneficencia y de poco más del 0,5% para la reparación del daño. Entre otros, Kausch, Der Staatsanwalt, cit., ps. 115 y ss.

46. Vide Saliger/Sinne, Abstrakter Recht und konkreter Wille, cit., ps. 476 y ss. Especialmente, por el hecho de haber legalizado la posibilidad de imponer sanciones penales, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB, sino que lo criticado, es que no haya una declaración previa de la misma antes de imponer obligaciones al inculpado. Además, se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en vista de las extraordinarias facultades que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico. Vide en castellano, Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Comares: 1999, p. 111. De otra opinión, Hünerfeld, entre otras razones, por motivos de economía procesal, pero además, porque abre el camino a la posibilidad de encontrar una reacción penal menos estigmatizante para la pequeña criminalidad y los autores no peligrosos. Vide Hünerfeld, "A pequena criminalidade e o processo penal", *RDE*, IV, n. 1, jan.-jun. 1978, p. 38.

47. Vide también Walther, S, "Communication over confrontation", cit., p. 370; Saliger/Sinne, Abstrakter Recht und konkreter Wille, cit., p. 482.

de un castigo por motivos de prevención general, pues de otra forma, no se entiende como podría verse un presunto autor liberado de una pena (o de una medida de seguridad) tras la realización de un "mandato" fiscal o judicial (dependiendo de las circunstancias) consentido por el indagado.[48]

Quiero expresar con esto, que no se puede dejar de reconocer que estas "medidas coercitivas" con las que el supuesto autor concuerda o consciente, tendrían naturaleza jurídica punitiva, convirtiendo a la reparación en una figura alternativa de la pena. A su vez, estas "medidas coercitivas" prescinden de la carga de la prueba de la culpabilidad, perjudicando la situación del presunto autor.[49] Sólo en algunas situaciones, la no incoación del proceso –potestad del Ministerio Público–[50] o la suspensión del proceso y/o su desviación hacia otras instancias –potestad del juez–,

48. Son paradigmáticos por esta misma causa los casos de Helmuth Kohl y *Mannesmann*, resueltos a través del § 153a StPO. Vide comparativamente estos dos casos en Saliger/Sinne, Abstrakter Recht und konkreter Wille, cit., ps. 480 y ss.

49. No se olvide que la desviación a instancias informales puede traer a colación una mayor y continua represión (o vigilancia), que con el proceso tradicional y con las sanciones formales. El peligro, del que ya se ha percatado parte de la doctrina alemana, radica en que este desvío de la condena formal hacia un modo informal de sanción, puede crear el llamado "*net widening*" o extensión del castigo informal hasta personas que en un juicio formal hubieran obtenido un archivo del proceso sin ulteriores consecuencias (cfr. § 153 StPO) o la absolución. Vide Jescheck/Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* 5. ed., renovada y ampliada. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 807. Aunque el mayor perjuicio se causa cuando el presunto autor repara el daño sin haber sido culpable del mismo.

50. Tan amplia potestad de decisión y ejecución, en algunos casos notorios y comprometidos, puede llegar a ser inconveniente, pues, en definitiva, se está otorgando a un funcionario administrativo generalmente vinculado al gobierno, la opción de decidir el futuro de tales procesos penales; circunstancia que puede denunciarse como una ingerencia de lo político respecto de la acción penal y la materia judicial. Máxime, si consideramos que en Alemania a diferencia de España no hay una Policía Judicial que dependa directamente del juez de instrucción, sino que la policía alemana depende directamente del Poder Ejecutivo y es la encargada de la fase de investigación. De todos modos, en Alemania la Policía no tiene la facultad de la policía norteamericana de decidir por si misma qué autores pasan a la justicia ordinaria y cuáles a procesos de *Diversion*. Sobre el tema, Elsner/Peters, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System", en Jehle, Jörg-Martin/Wade, Marianne (Eds.). *Coping*, cit., ps. 207 y ss.; 224 y s.

beneficiaría a sujetos cuya culpabilidad hubiera sido fehacientemente probada y, posiblemente, merecedora de castigo.[51]

4. Naturaleza jurídica de las condiciones, obligaciones o instrucciones

4.1. La naturaleza de las condiciones, obligaciones o instrucciones es controvertida, así se habla de *medidas cuasi penales* ("*strafähnliche Maßnahmen*")[52] o de *sustitutos de la pena encubiertos* ("*verkappte Ersatzstrafen*")[53] que en definitiva una vez cumplidas permiten una compensación del injusto. Por tanto, no se puede negar que las mismas contienen un carácter normativo sancionador (retributivo y/o preventivo).

Las condiciones u obligaciones (*Auflagen*) exigen la obligación de reparar el daño, de pagar una suma de dinero a instituciones de utilidad pública o a la Hacienda estatal, o finalmente, la de realizar tareas de utilidad pública, sin respetar

51. Uno de los casos más notorios resueltos según el § 153 a StPO por el StA de Bonn, relacionó al ex Canciller alemán Helmut Kohl con una presunta malversación de fondos, llevada a cabo mediante la tergiversación de la contabilidad oficial, mediante la cual el partido del canciller, la Unión Cristiana Democrática (CDU) se benefició ilícitamente de subvenciones públicas. Esta solución dejó serias dudas en el *Landgericht* de Bonn acerca de la culpabilidad del ex Canciller, quien en todo momento se negó a mencionar los nombres de los donantes de su partido, aduciendo razones políticas como excusa para no colaborar con la justicia, lo que de por sí hubiera ameritado la interposición de la acusación formal. Este caso cuestiona el respeto del principio de igualdad al momento de proponer soluciones distintas al proceso penal, considerando la posición social o política del presunto autor. Vide LG Bonn, Beschluss vom 28.02.2001–27 AR 2/01, NStZ, 2001, ps. 375 a 379. Con mayor extensión, vide Hamm, Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert, NJW, 2001, Heft 23, ps. 1695 y s. Sobre el caso en particular, vide Velten, Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung, *NJW* 2000, Heft 39, ps. 2.852 a 2.857. Recientemente, Saliger, Grenzen der Opportunität, cit., ps. 155 y ss.

52. Vide con respecto al parágrafo 56b StGB, Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25 Auflage, München: Beck, 2004, p. 343.

53. Según Schmidhäuser, cfe. H-J Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin: Duncker&Humblot, 1994, p. 451.

los principios sancionadores del Derecho penal material.[54] La única condición exigida por el legislador, es que las mismas no conlleven *exigencias desalentadoras para el autor*. Por su parte las instrucciones (*Weisungen*) generalmente obedecen a una política de rehabilitación y se utilizan con una finalidad preventiva en casos de personas que no llegan a los 30 años de edad (*Jungerwachsenen*).[55]

4.2. El sistema penal portugués ha admitido en el artículo 281 CPPP una norma procesal penal muy similar al parágrafo 153a StPO. En la doctrina portuguesa Da Costa Andrade considera a las *injunções* y *regras de conducta* contenidas en el artículo 281 CPPP como "*equivalentes funcionales de una sanción penal*", pero, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo "*trata-se aquí de uma sanção no penal a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena nem a correspondente comprovação da culpa*".[56] Siguiendo la línea de pensamiento propuesta por Roxin, este autor se basa en la voluntariedad de la aceptación del imputado respecto a la realización de determinadas obligaciones o tareas que pueden llegar a limitar sus derechos, sin que dicha aceptación conlleve una asunción de responsabilidad.

Para ser consecuente con su posición, Da Costa Andrade explica con buen criterio que la realización de dichas obligaciones o tareas, dejan intacto el principio

54. Vide Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1982, p. 450. Aunque según se manifiesta en el caso *Manesmann* las condiciones u obligaciones siguen una determinada lógica punitiva. "Insbesondere die Erwägungen im Zusammenhang mit der dem Angeklagten Dr. Ackermann auferlegten Zahlen können ihre Nähe zu einer Strafzumessungsentscheidung kaum vergeben, wenn ausdrücklich mit der Höhe der maximal gegen den Angeklagten zu verhängenden Geldstrafe argumentiert wird. Der zutreffenden Feststellung, §§ 40 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 2 StGB seien für die Bemessung der Auflage zwar nicht verbindlich, wird der nicht näher belegte Hinweis angefügt, die mittelbare Bedeutung der Vorschriften folge daraus, dass die Geldauflage in einem angemessenen Verhältnis zu der bei einer Verurteilung zu erwartenden Geldstrafe zu stehen habe". Vide Saliger/Sinner, Abstrakter Recht, cit., p. 480.

55. Vide H-J Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit., p. 455.

56. Vide Da Costa Andrade. Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)em. *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 353.

de presunción de inocencia, lo que le obliga a consentir que "*as injunções e regras de conduta têm de se orientar privilegiada ou exclusivamente para fins de prevenção. A idéia de retribuição está, além do mais, excluída, por carência dos respectivos pressupostos de legitimação material*".[57]

4.3. Considero que difícilmente pueda tratarse de equivalentes funcionales de una sanción jurídico-penal si las mismas se sustentan en un fundamento dogmático que no guarda relación con las penas o las medidas de seguridad. Justamente, por tratarse de equivalentes funcionales de la sanción jurídico-penal deberían someterse a un juicio de equivalencia judicial con las primeras, y para ello, debido a una exigencia del principio de legalidad, tales equivalentes deberían estar previamente delimitados en el catálogo respectivo de consecuencias jurídico-penales.

Al no figurar estos supuestos *equivalentes funcionales* de una *sanción penal* ni en el Código Penal alemán ni en el portugués, no se podrían denominar de esta forma sino que estaríamos frente a meras *liberalidades* del presunto autor.

Así las cosas, en mi opinión, el problema debería centrarse en una cuestión de coherencia sistémica que puede resumirse en unas pocas preguntas: ¿cómo puede aceptarse la realización de determinados actos, por ejemplo, de reparación en beneficio de la víctima o de la sociedad que significarán una limitación de derechos y que permitirán suspender y/o archivar la causa penal, prescindiendo –incluso– de una pena, sin que ello guarde relación con la culpabilidad por el hecho realizado? Pero, además, ¿cómo puede el sistema penal aceptar que dichos actos de reparación puedan cumplir con los fines de la pena y prescindir de la pena, sin que figuren entre las consecuencias jurídicas del delito? Y, también, ¿cómo pueden cumplirse los fines de la pena si la persona que realiza los actos de reparación no asume la responsabilidad por el hecho (no reconoce su culpabilidad) y dicha culpabilidad no es comprobada o reconocida judicialmente? Es decir, este tipo

57. Ibidem, p. 354.

de soluciones procesales basadas en el principio de oportunidad y que tienen el objetivo de descongestionar el aparato administrativo de justicia, no pueden ser consideradas *equivalentes funcionales de la pena* si no constan en el catálogo jurídico de sanciones o de alternativas a la punición, y si no solucionan los problemas de merecimiento de pena.

Se puede concluir, entonces, que las condiciones, obligaciones o instrucciones son meras *liberalidades* del presunto culpable que tienen el claro objetivo de desvincularse del problema penal y que no pueden guardar ninguna relación o referencia con la culpabilidad de un sujeto amparado en la presunción de inocencia.

5. Reparación y sobreseimiento

5.1. De todo lo dicho hasta el momento, debe quedar en claro que la figura del sobreseimiento a cambio de la realización de condiciones, obligaciones o instrucciones (por motivos de falta de interés en la punición, cfr. § 153a StPO), no sería la opción más indicada para ubicar a la reparación en el sistema penal. Entre varios motivos, porque violenta una serie de principios fundamentales del Derecho penal material y porque, además, político-criminalmente parte de una *contraditio in terminis,* pues, si falta el interés general en la persecución o en el castigo, entonces, no puede aplicarse ningún tipo de "medida" o consecuencia que guarde relación con el hecho cometido.

El sobreseimiento (cfr. § 170 StPO) parte de la idea rectora que el sujeto no merece ser penado, sea por falta de elementos de convicción de la comisión del delito, por existir causas que eliminan o justifican el injusto (atipicidad, justificación), que excluyen la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, miedo insuperable) o por falta de pruebas. Y por ello, entiendo que debería diferenciarse la posibilidad de sobreseer por falta de merecimiento de pena de la posibilidad de archivo del proceso por falta de interés general

en la persecución o en el castigo, puesto que el primer tipo de sobreseimiento guarda relación con el merecimiento de pena y el segundo, está vinculado con la necesidad de pena.

5.2. La reparación impuesta como condición, obligación o instrucción cumple con la función de compensar el injusto y realizar los fines de la pena, sin una previa declaración de culpabilidad. En todos estos casos en que se utiliza el § 153a StPO y se recurre a la reparación como condición u obligación para la suspensión condicional y posterior archivo del proceso, aquella se convierte en un *equivalente funcional de la pena.*

6. Conclusión

6.1. He comenzado mi exposición haciendo referencia a la esquizofrenia de una política criminal de expansión que quiere ser cada día más eficaz. En ese contexto se acepta gustosamente la inclusión de figuras del *common law* en el sistema continental, y en ese contexto el parágrafo 153a StPO es una institución funcional para obtener una administración de justicia más rápida y eficaz.[58]

No obstante, en mi opinión, ese fenómeno tan funcional para los intereses político-criminales no respeta determinados principios básicos del Derecho Penal. En ese sentido, debe hacerse una profunda crítica al parágrafo 153a StPO, pues no sólo desconoce el derecho de participación de la víctima en la solución consensuada del conflicto (cfr. art. 281 CPPP), sino que siguiendo la lógica de los *Absprachen* reduce el concepto de consenso a un mero acuerdo entre el fiscal y el presunto autor del delito, con el consentimiento del juez.

6.2. En definitiva, cuando un procedimiento penal es sobreseído o archivado a cambio de una condición, obligación o instrucción de reparar que sigue

58. De similar opinión, Saliger, Grenzen der Opportunität, cit., p. 163.

los mismos criterios de determinación de la pena,[59] en los hechos, esta reparación cumple con la misma función que la pena, puesto que:

- compensa el injusto,
- repara el daño social,
- cumple con el fin preventivo especial de resocialización,[60]
- cumple con el fin preventivo general integrador,[61] y
- sirve para el retorno de la paz jurídica;

59. Die genannten Vorschriften sind für Bemessung der Geldauflage nach § 153a Abs. 2 S. 2 StPO in einem angemessenen Verhältnis zu der Sanktion stehen muss, die bei einer Verurteilung zu erwarten gewessen wäre. Vide Pressenmitteilung, cit., p. 3.

60. La prevención especial deja de considerarse desde la perspectiva del tratamiento, puesto que, la resocialización parte de la voluntad del delincuente, y, en todo caso, debería ser considerada desde la dialéctica que se produce con el acercamiento entre el delincuente y la víctima. Las partes cuentan con un espacio propio donde desarrollar *acciones comunicativas* y expresar razones, en dirección a la solución de un problema. La tendencia hacia el *acuerdo entre el delincuente y la víctima* motiva a las partes del delito; el autor, porque considera la reparación como una consecuencia jurídica más conveniente que la pena y de ahí, parte su motivación hacia la misma, encaminado a una prestación que la sociedad considerará constructiva; y la víctima, porque puede llegar a ser resarcida y considerada, nuevamente, sujeto de derechos. Este ideal comunicativo dentro del proceso penal, también es exigido por Kühne, *Strafverfahren als Kommunikationsproblem. Prolegomena einer strafrechtlichen Kommunikationstheorie*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1978, ps. 188 y ss; Schreiber, Vefahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit, *ZstW*, 26 J, 1976, p. 146; Frehsee, *Schadenswiedergutmachung*, cit., p. 387. Sobre la teoría de la acción comunicativa, Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1988.

61. El autor que reconoce voluntariamente su delito (y su victima) y actúa en consecuencia en el sentido de *reparar* o minimizar los efectos del delito (cfr. § 46 StGB y Art. 21.5 CP), o aun cuando reacciona favorablemente a la propuesta de reparación del fiscal o del juez, consigue, no sólo un saludable efecto preventivo especial sino también preventivo general, pues, su *comportamiento positivo posterior voluntario* se encamina, inequívocamente, no sólo hacia la reintegración social sino también preventivo general positiva, reconociendo la vigencia de la norma. En una línea similar de pensamiento, relacionando los beneficios de la reparación y la conciliación entre autor y víctima con los fines de la pena, vide Schmitz-Garde, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2006, p. 359. Esta autora, además, sugiere que la conciliación entre el autor y la víctima pueda integrar el catálogo de disposiciones del § 153a StPO. Ibidem, ps. 355 y s.

y, no obstante, jurídicamente se trata de una simple liberalidad de un sujeto que, amparado por la presunción constitucional de inocencia, pretende evitar las angustias del proceso y el reproche penal.

6.3. Desde un punto de vista dogmático, esta forma de reparación que permite sobreseer o archivar el proceso constituye un equivalente funcional de la pena y, desde una óptica político-criminal, como ha denunciado un sector de la doctrina,[62] se trata de la victoria de la celeridad y la eficacia de la Administración sobre los principios más elementales de la Justicia.[63]

7. Bibliografía

AA.VV. *Procesos Penales de Europa (Alemania, inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, italia).* Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE). Dirección de Mireille Delmas-Marty. Trad. de Pablo Morenilla. Edijus, 2000.

ALBRECHT, Hans-Jörg, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes.* Berlin: Duncker&Humblot, 1994.

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Comares, 2000.

62. Vide Hassemer, Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, *KritV*, 1990, ps. 260 y ss; P.A Albrecht. El Derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Comares, 2000, ps. 484 y s.

63. La orientación sociológica que hoy domina gran parte del pensamiento penal alemán y de su área de influencia (en particular España, Portugal y Latinoamérica), se ha erigido como una especie de negación de todo idealismo dentro de la cuestión penal. Al decantarse por una línea cercana a la realidad la orientación sociológica se aleja de posiciones idealistas, y se acerca a la búsqueda de celeridad –en lugar de justicia– como de eficiencia –en lugar racionalidad. Vide una defensa de la búsqueda de justicia en Naucke, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts. En Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?.* Heidelberg: Müller, 1983, ps. 8 y s., 11.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad:* Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

BEULKE, Werner. Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 145a StPO. *Festschrift für Hans Dahs.* Dr. Otto Schmidt Verlag. Köln, 2005.

DA COSTA ANDRADE, Manuel. Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *Jornadas de Directo Processual Penal. O novo Código de Processo Penal.* Coimbra: Almedina, 1988.

ELSNER, Beatrix; PETERS, Julia. The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System. En: JEHLE, Jörg-Martin; WADE, Marianne (Eds.). *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe.* Berlin/Heidelberg: Springer, 2006.

FERREIRA MONTE, Mario. Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime. En: Da Costa Andrade; De Faria Costa; Miranda Rodrigues; João Antunes (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

FREHSEE, Detlev. Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications. *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 235, 1999.

GALAIN PALERMO, Pablo. *Reparación através del consenso como equivalente funcional de la pena.* Tesis de Doctorado Europeo. Universidad de Salamanca, 2006.

_____. Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal. *Revista do Ministério Público*, 106, ano 27, Portugal, abr.-jun. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales.* Madrid: Tecnos, 1988.

HAMM, Rainer. Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, Heft 23.

HASSEMER, Winfried. Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts, *ZRP*, Heft 10, 1992.

_____. Pacta sunt servanda –auch im Strafprozeβ– BGH, *NJW* 1989, 2270, *Juristische Schulung*, 1989, Heft 11.

_____. Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1990.

HIRSCH, Hans. Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. –Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 1980.

HOBE, Konrad. Geringe Schuld und öffentliches Interesse in den §§ 153 und 153a StPO, *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag*. Müller Verlag, 1983.

HÜNERFELD, Peter. A pequena criminalidade e o processo penal. *Revista de Direito e Economia*, IV, n. 1, jan.-jun. 1978.

JEHLE, Jörg-Martin. The Function of Public Prosecutor within the Criminal Justice System. Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study. JEHLE; WADE (Eds.). *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 5. ed. renovada y ampliada. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KAUSCH, Erhard. *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*. Berlin: Duncker&Humblot, 1980.

KEUDEL, Anke. *Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleich. Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein*. Weisser Ring, 2000.

KUBINK, Michael. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel.* Berlin: Duncker&Humblot, 2002.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Das strafrechtliche "Bagatellprinzip". Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung.* Berlin: Duncker&Humblot, 1984.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafverfahren als Kommunikationsproblem. Prolegomena einer strafrechtlichen Kommunikationstheorie.* Heidelberg: Kriminalistik Verlag, 1978.

LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch Kommentar.* 25 Auflage. München: Beck, 2004.

MADLENER, Kurt. Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán. Bueno Arús/Kury/Rodríguez Ramos/Zaffaroni (directores), Guzman Dálbora/ Serrano Maíllo (editores). *Derecho Penal y Criminología como fundamentos de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez.* Madrid: Dykinson, 2006.

NAUCKE, Wolfgang. *Gutachten 51. Deutsche Juristentag*, 1976.

_____. Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?.* Heidelberg: Müller, 1983.

PALIERO, Enrico. *Minima non curat praetor. Hipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari.* Padova: Cedam, 1985.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?.* Granada: Comares, 1999.

PERRON, Walter. Rechtsvergleichender Querschnitt. En Perron (Hrsg.) *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Friburg/Br., 1995.

REEG, Axel. Libertad empresarial y responsabilidad penal en Alemania. La discusión reciente acerca del caso "Mannesmann". *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Lieber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García.* Madrid: Colex, 2006.

RIEβ, Peter. Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983.

SALIGER, Frank. Grenzen der Opportunität: § 153a stop und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.02.2001. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 3/2005.

SALIGER, Frank; SINNER, Stefan. Abstraktes Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des Mannesmann – Verfahrens nach § 153a StPO, *Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik*, 12, 2007.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?. *Juristenzeitung*, 28. Jg., 17, 1973.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Tübingen: Mohr, 1982.

SCHMITZ-GARDE, Julia. *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht. Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung mit der Aufgabe des (Straf-) Rechts sowie Funktionen der Strafe und Zwecken der Bestrafung.* Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2006.

SCHREIBER, Hans-Ludwig. Vefahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 26 J, 1976.

SCHULTE, Jan Markus. *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren.* Baden-Baden: Nomos, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die "Bananenrepublick"?. *Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. am 20 Oktober 2004.* Regensburg: Roderer, 2005.

TAMARIT, Josep. *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*. Trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa. Barcelona: Fundació Jaime Callís, 1994.

TIEDEMANN, Klaus. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 86, 1974.

VELTEN, Petra. Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, Heft 39.

WEIGEND, Thomas. Abgesprochene Gerechtigkeit, *Juristenzeitung*, 1990.

WALTHER, Sussane. Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation. *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, Eser/Rabenstein (Hrsg.). Berlin: Duncker &Humblot, 2004.

WEHNERT, Anne. Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachepraxis in staatsanwaltschaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht. *Strafverteidiger*, 4, april 2002.

ZIPF, Heinz. *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Ta*, Salzburg/München: Verlag Anton Pustet, 1975.

Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP)

Vinicius de Toledo Piza Peluso
Juiz de Direito/SP. Membro do IBCCRIM e da AIDP.

Resumo: O presente trabalho visa a identificar a natureza jurídica da produção antecipada da prova testemunhal no processo penal, decorrente da revelia, através de sua análise e cotejo perante os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e as conseqüências prático-jurídicas daí decorrentes.

Palavras-chave: Processo Penal – Constituição Federal – Direitos fundamentais – Ampla defesa – Contraditório – Art. 366 do CPP – Citação por edital – Revelia – Produção antecipada de provas – Prova testemunhal – Medidas cautelares – Asseguração cautelar de provas.

Abstract: This paper aims at identifying the legal nature of the preliminary production of testemonial evidence in criminal procedure in the case of default. We analyze it and compare it with the main constitutional principles of legal defense, adversary and the practical-legal consequences, which result from it.

Keywords: Criminal procedure – Federal Constitution – Fundamental rights – Legal defense – Adversary, Article 366 of the Criminal Code – Public notice mentioning – Default – Preliminary production of evidence – Testemonial evidence – Writ of prevention – Evidence care.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a Lei 9.271/96 – 3. A natureza jurídica da produção

antecipada da prova testemunhal do art. 366 do CPP – 4. Conseqüências: 4.1 Requisitos; 4.2 A decisão judicial; 4.3 A necessidade da posterior produção da prova; 4.4 A transformação em prova – 5. Conclusões – 6. Bibliografia.

Área do direito: Penal; Processo penal

1. Introdução

A Lei 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, introduziu substancial alteração no sistema processual penal brasileiro ao impedir o prosseguimento do processo, e eventual condenação, à revelia do acusado citado por edital.

Entretanto, passados mais de dez anos desde sua vigência, a nova sistemática, por ela introduzida, ainda produz, como não podia deixar de ser, inúmeras discussões jurídico-dogmáticas importantíssimas quanto à sua aplicação prática.

Pode-se, inegavelmente, afirmar que a modificação da redação do art. 366 do CPP ainda encontra-se em fase de decantação e assentamento na doutrina e na *praxis* jurídica, estando longe de uma interpretação, e conseqüente aplicação, pacífica de seu conteúdo normativo.[1]

O presente trabalho pretende analisar, especificamente, a produção antecipada da prova testemunhal, inclusive porque comum e corriqueiramente aplicada nos processos-crime cotidianos, analisando sua natureza jurídica e as conseqüências daí decorrentes, sob o ponto-de-vista do que se pretende de um processo penal em um Estado Democrático de Direito, trazendo, espero, novos elementos à discussão e colaborando, quiçá, com uma visão crítica sobre importante questão.

1. Sobre tal situação, já na época da edição da referida lei, manifestou-se Ada Pellegrini Grinover, para quem: "certamente a nova lei, como tudo que é novo, encontrará resistências, despertará dúvidas de interpretação, levará algum tempo para ser assimilada pelos operadores jurídicos. Mas é preciso, ao menos, que seja compreendida com relação ao espírito e à filosofia que a inspiraram" (Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM*, n. 42, Edição Especial, junho 1996).

2. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a Lei 9.271/96

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, LV, acolheu expressa e categoricamente o princípio do contraditório e da ampla defesa ao determinar que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

E assim o fez, pois o processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito "como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado",[2] que não pode simplesmente atropelar tais direitos, conseguindo-se, assim, por meio do processo penal, uma relação equilibrada entre os interesses estatais (*ius puniendi*), que não podem ser realizados a qualquer preço, e a dignidade dos acusados constitucionalmente consagrada.[3]

O processo penal, portanto, deve ser encarado como um verdadeiro "instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado",[4] pois "o réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites".[5-6]

2. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Estudos de direito processual penal.* São Paulo: BH, 2006, p. 217.

3. Segundo Cândido Rangel Dinamarco: "Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter" (*A instrumentalidade do processo.* São Paulo: RT, 1987, p. 234).

4. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993, p. 22.

5. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal.* 2. ed. São Paulo: RT, p. 15.

6. Observa corretamente Adauto Suannes que "nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa

Daí afirma-se que o processo penal tem seus princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas, pois "as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais" e as formalidades do processo são as "atualidades das garantias constitucionais",[7] já que o processo penal é parte essencial do moderno direito político ou constitucional dos Estados livres.[8]

Nesse contexto, o contraditório e ampla defesa são verdadeiros direitos fundamentais dos cidadãos,[9] já que constitucionalmente assegurados pela nossa Lei Maior, pois "deve ter-se por *direito fundamental* toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagradas na *Lei Fundamental*",[10] e, portanto, enquanto tal, encarnam os princípios informadores de toda a política estatal, cumprindo uma missão de fundamento e limite de todas as normas que organizam o funcionamento dos poderes públicos e de todas as experiências concretas de juridicidade surgidas no ordenamento jurídico em que se formulam,[11] gerando ao Estado a obrigação de respeitá-los, defendê-los e garanti-los, realçando a autonomia individual dos cidadãos através da vinculação estatal a conteúdos, formas e procedimentos.[12]

Por sua fez, o contraditório e a ampla defesa não são conceitos estanques e incomunicáveis, mas, sim, conceitos que se misturam e se complementam,

humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos" (*Os fundamentos éticos do devido processo penal.* São Paulo: RT, 1999, p. 232).

7. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro.* 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 13.

8. MANDUCA, Fillippo. *El procedimiento penal y su desarrollo científico.* Trad. Angel Pintos y Pintos. Madri: La Espana Moderna, p. 22.

9. Explicitamente nesse sentido: SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal penal.* Madrid: Colex, 2004, p. 206.

10. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t. IV, p. 08.

11. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución.* 6. ed. Madrid: Tecnos, p. 213.

12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 248 e 288.

estando em íntima relação e interação, pois "é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. Mas, de outro ponto de vista, é igualmente válido afirmar que a defesa é que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. (...) Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação".[13]

Entende-se por contraditório a garantia dada às partes, especialmente no caso dos acusados, de conhecerem e participarem ativamente do processo, garantindo-lhes *his day in court*, através de "um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (...) e a defesa",[14] identificando-se, segundo a tradicional doutrina, com o binômio *informação-reação*[15] – baseado no princípio *audiatur et altera pars* (a parte contrária deve ser ouvida) –, onde a parte deve ser informada da acusação que lhe é feita, de todos os atos praticados pela parte contrária e pelo juiz e o que está ocorrendo no processo, bem como de participar ativamente, oferecendo reação à acusação, inclusive porque "para participar é imprescindível ter a informação".[16]

13. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 10-11.

14. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

15. Sobre a questão: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, *et alii*. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

16. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 232.

O contraditório, assim, indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, onde o juiz, por força de sua imparcialidade e colocando-se entre as partes, ao ouvir uma delas não pode deixar de ouvir a outra, dando a ambas a possibilidade de expor suas razões, apresentar suas provas e influir sobre o convencimento do juiz,[17] assegurando-se às partes a idêntica possibilidades de obter a tutela de suas razões.

Assim, com o adequado conhecimento, que possibilite a organização de todas as atividades defensivas a serem efetivamente desempenhadas no processo, por intermédio da participação na atividade instrutória, o contraditório garantirá a efetividade e justiça da função jurisdicional, mediante a colaboração e vivência do processo por seus sujeitos ativo e passivo.

Já a ampla defesa significa o direito das pessoas de se defender, no processo, da acusação que lhe é feita, através de todo e qualquer meio lícito de prova e recursos disponíveis no sistema processual, oferecendo e materializando os elementos de convicção demonstrativos da veracidade de suas alegações e a não veracidade das alegações da parte adversa, colocando em evidência, especificamente no processo penal, a falta de fundamento da potestade penal do Estado ou qualquer circunstância que a exclua ou a atenue,[18] funcionando, ainda, como um fator de legitimidade da acusação e eventual aplicação da sanção penal.[19]

O direito de ampla defesa é exercido pessoalmente pelo acusado (auto-defesa) e/ou através de um advogado (defesa técnica), a configurarem vertentes diversas e complementares de um mesmo direito fundamental.[20]

17. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, *et alii*. Op. cit., p. 55.

18. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, t. I, p. 547.

19. SENDRA, Vicente Gimeno. Op. cit., p. 205.

20. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 16.

A auto-defesa caracteriza-se como a possibilidade[21] do acusado em resistir, atuando pessoalmente, à acusação estatal, defendo a si mesmo como indivíduo singular e fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado de liberdade,[22] exercendo-a através do *direito de audiência*, mediante a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório, e do *direito de presença* aos atos processuais, que lhe dará ampla oportunidade de tomar posição, a todo momento, diante das alegações e provas produzidas, garantindo-lhe a imediação com o seu defensor, o juiz e com as provas.[23]

Já a defesa técnica é um direito indisponível[24] do acusado, que consiste na assistência de um profissional, legalmente habilitado, com conhecimentos técnicos e teóricos do Direito (advogado), que vai garantir a efetiva realização dos princípios de igualdade entre as partes e a paridade de armas, equilibrando a situação processual e concretizando a contraposição dialética do processo, ante a hipossuficiência do réu perante o Estado, em virtude de sua ausência de conhecimentos técnico-jurídicos e a desigualdade perante a parte adversa, que possui um órgão técnico especializado para acusar.

Assim sendo, como já dito, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, enquanto direitos fundamentais, geram ao Estado a obrigação de respeitá-los, defendê-los e garanti-los, realçando a autonomia individual dos cidadãos através da vinculação estatal a conteúdos, formas e procedimentos, que devem ser observados não apenas formalmente, mas, sobretudo, substancialmente,

21. Trata-se de um direito disponível e não uma obrigação por parte do réu, que, assim, pode renunciar a seu exercício, sem que, entretanto, tal fato signifique a sua dispensabilidade pelo juiz, que deve dar oportunidade ao réu para que escolha o seu exercício ou não (*v.* GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 16).

22. LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 232.

23. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 17.

24. FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1968; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, v. 2, 1997; GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

transformando o processo penal de simples instrumento de justiça em verdadeira garantia da liberdade.

Não se esquecendo, ainda, da dimensão metodológico-hermenêutica dos direitos fundamentais, servindo estes como *principia cognoscendi*, ou seja, como regras orientadoras para a interpretação e para a aplicação das restantes normas jurídicas, fornecendo uma base técnico-formal que contribui à compreensão e aplicação das normas infraconstitucionais,[25] inclusive porque "o importante é *ler* as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito".[26]

Diante de tal realidade normativo-constitucional, que alçou o contraditório e ampla defesa como direito fundamental, que, por sua vez, deve irradiar seus efeitos sobre o sistema processual infraconstitucional, não mais poderia subsistir a antiga regra processual penal que autorizava a condenação de réus revéis, citados através de edital. E, por tal razão, o legislador editou a Lei 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do CPP, determinando a suspensão do processo para o acusado que, citado por edital, não compareça e não constitua advogado, sistemática que tem nítido fundamento constitucional nos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois "a leitura sensível e atenta do texto constitucional já indicava a incompatibilidade entre uma condenação à revelia, sem a efetiva observância do devido processo legal, e às garantias constitucionais".[27]

Assim, "hoje já se entende ser incompatível com o sistema constitucional vigente, que assegura expressamente o contraditório e a ampla defesa, bem como

25. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. Op. cit., p. 290.

26. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 22.

27. GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia, *Boletim IBCCRIM*, n. 42, Edição Especial, junho 1996.

incompatível com os princípios que fundamentam o Estado de Direito, alguém ser processado sem que tenha sido efetivamente cientificado da acusação e da existência do processo instaurado contra si. Tratados internacionais firmados com o Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vedam a adoção pelos seus signatários de sistema processual penal que admita processo sem que o réu tenha dele tomado conhecimento expresso. Destarte, a incidência da norma jurídica internacional, na espécie, é de rigor, vez que encontra, inclusive, suporte constitucional".[28]

Portanto, tal modificação legislativa veio, em boa hora, maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais dos acusados, dando plenitude e efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, transformando em realidade a contraposição dialógica das partes e eliminando as desigualdades, jurídica e/ou de fato, entre os sujeitos processuais.

3. A natureza jurídica da produção antecipada da prova testemunhal do art. 366 do CPP

A nova redação do art. 366 do CPP determina que, suspenso o andamento do processo penal em virtude da revelia do réu citado por edital que não compareceu e nem constituiu advogado, poderá o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes.

E, dentre as provas a serem antecipadamente produzidas, inegavelmente a prova testemunhal é a mais importante, não em razão de sua inexistente preponderância probatória,[29] mas, sim, por ser a prova mais comum e de

28. JARDIM, Afrânio Silva. A suspensão obrigatória do processo: reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP, *Revista Forense*, v. 352/526.

29. A própria Exposição de Motivos do CPP é clara ao afirmar que não é fixada uma *hierarquia* de provas e que todas são relativas e nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que outra, e, se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.

largo uso e, conseqüentemente, a mais produzida,[30] "pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova (...) Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento".[31]

Na hipótese da suspensão do processo determinada pelo art. 366 do CPP, a "produção antecipada" da prova oral tem o nítido caráter de medida cautelar incidental *ad perpetuam rei memoriam,* que visa à segurança da prova, tão-somente documentando algum fato cujo desaparecimento seja provável, para que, posteriormente, possa ser utilizado como prova,[32] preservando, assim, a sua futura produção do perigo que a ameaça.

Não se trata, pois, de verdadeira produção emergencial e antecipada de prova, como ocorre, *v.g.*, nos casos definidos no art. 225 do CPP, mas, sim, de mera asseguração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório.[33]

Tal situação fica muito clara ao compararmos a verdadeira produção antecipada da prova testemunhal autorizada pelo art. 225 do CPP e a asseguração cautelar da prova oral definida pelo art. 366 do mesmo estatuto processual.

Na primeira hipótese, a relação processual penal está completa, com a presença do réu (devidamente citado) e seu defensor constituído, ocorrendo que a antecipada oitiva das testemunhas será acompanhada pela parte e seu defensor,

30. Confirmando tal fato: MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 309-310.

31. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* v. 3. 29 ed. São Paulo: Saraiva, p. 303.

32. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 358.

33. Sobre a vital diferença entre a asseguração cautelar de provas e a produção antecipada de provas: MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII, p. 253 e ss.; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 358; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 8. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. II, p. 232-235.

que, assim, participarão ativamente na produção da prova, que somente foi antecipada em razão de situações especialíssimas. Não há aqui a mera asseguração e conservação da prova, mas, sim, verdadeira produção antecipada, já que todas as partes processuais participaram ativamente de sua produção, sob a égide dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e que, dessa forma, passa verdadeiramente a integrar a instrução processual.

Já na segunda hipótese, a oitiva antecipada das testemunhas ocorrerá na ausência do acusado e de seu defensor constituído, que, portanto, não poderão influir no ato processual, caracterizando-se a inobservância do contraditório e da ampla defesa, o que impede que tal ato processual se caracterize como verdadeira produção de prova e, pois, como ato instrutório, tratando-se, assim, de mero ato processual assecuratório de prova.

Aliás, não teria sentido a edição da Lei 9.271/96 se a precoce oitiva de testemunhas autorizada fosse considerada verdadeira produção antecipada de prova, pois tal lei, como acima mencionado, veio exatamente para maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais dos acusados, dando plenitude e efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que, assim, não seriam respeitados caso se produzisse verdadeiramente provas na ausência e na ignorância do réu e seu defensor.

Ademais, caso se entenda a antecipação da prova estatuída pelo art. 366 do CPP como verdadeira ação instrutória antecipada, estar-se-ia, na verdade e na prática, suspendendo-se tão-somente o prazo para a apresentação das alegações finais,[34] o que, evidentemente, não se coaduna com a *ratio legis* da Lei 9.271/96 e sua melhor interpretação.

Assim, é de vital importância a inapagável distinção entre as medidas cautelares de asseguração de provas e a produção antecipada de provas, carac-

34. JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit.

terizando-se a antecipação definida no art. 366 do CPP entre as primeiras, inclusive porque tal caracterização trará vitais conseqüências processuais práticas.

4. Conseqüências

4.1 Requisitos

Para que o juiz autorize a asseguração cautelar da prova oral, nos termos do art. 366 do CPP, deve o órgão acusador demonstrar, de maneira certa e clara, a sua natureza urgente, não bastando, para tanto, a mera alegação de que a prova testemunhal é sempre e automaticamente urgente diante das vicissitudes do transcurso temporal, pois o decurso do tempo poderia redundar na mitigação, ou mesmo na perda, da memória dos fatos pela testemunha, o que ensejaria, como conseqüência, a redução em seu aspecto qualitativo, com o comprometimento, senão a própria perda, da fidelidade necessária ao esclarecimento da verdade, bem como do próprio êxito da persecução penal, causando danos irreparáveis para a sociedade, tais como a impunidade.[35]

Tais alegações já foram correta e devidamente afastadas pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RO em HC 83.709-3/SP, onde o relator para o acórdão Min. Cezar Peluso deixou assentado que "o cerne do tema, neste caso, está em saber quais seriam as provas cuja produção pode ser antecipada, ou seja, quais as provas que, devendo, a título de urgentes, ser produzidas na ausência do réu ou de seu defensor, escapariam à incidência da regra constitucional do contraditório e da ampla defesa. Isso pressupõe desde logo que cumpre ao juiz apurar e discernir as provas reputadas urgentes, mas também importa indagar, na espécie, se a prova

35. Nesse sentido: STJ, RHC 6.343/SP, rel. Min. Flaquer Scartezzini, *DJU* 29.09.1997, p. 48.236; STJ, RMS 7.995/SP, rel. Min. Vicente Leal, *DJU* 20.04.1998; *Boletim do IBCCRIM* 42/8; 43/2; 52/8; *RT* 733/443; *RT* 743/632; *RT* 758/552; TJSP, MS 221.864-3, rel. Des. Emeric Levai.

testemunhal é urgente por natureza e se, como tal, exigiria produção antecipada em todo e qualquer processo. O argumento nevrálgico dos que defendem ou subentendem à prova testemunhal, na hipótese de que se cogita, essa urgência automática, capaz de lhe justificar sempre a colheita antecipada, diz com as vicissitudes do transcurso do tempo, no sentido de que, como não há meios de prever quando nem se o réu ou seu defensor comparecerão a juízo, teriam elas caráter de inexorável prejuízo à apuração da verdade processual. Não convence. A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é o menos por força da distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que isento e insuspeito, nunca é reconstituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios. Se fora urgente por natureza, mandaria a lógica que antecedesse sempre à própria instauração do processo, despindo-se do cunho excepcional que tem na produção antecipada e na produção *ad perpetuam rei memoriam*. (...) entre o risco natural de perda de qualidade da prova por obra do tempo e a funda lesão à garantia da produção das provas sob o regime do contraditório, reverenciou, como não podia deixar de ser, a cláusula constitucional, que, conformando o *due process of law*, tutela o acusado. Não tinha alternativa, aí, o legislador subalterno. A declarada *urgência* exigida pelo *caput* do art. 366 predica, à margem de toda dúvida, o caráter excepcional da colheita antecipada de depoimentos e, sem necessidade de ginásticas de dialética, remete-se aos termos taxativos em que a compreende e define o próprio Código, no art. 225".[36-37]

36. STF, 1ª T., RHC 83.709-3/SP, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 30.03.2004, *DJU* 01.07.2005.

37. Sobre a questão da urgência da prova testemunhal: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A prova testemunhal: a urgência do art. 366 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, n. 95, abril 1998.

Assim, cabe ao Ministério Público demonstrar categoricamente a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, consistente na real possibilidade de que a(s) testemunha(s), em razão de fato concreto, inspirem receio de que ao tempo da instrução criminal seja impossível ou extremamente difícil testemunhar, nos termos do art. 225 do CPP; portanto, deve o órgão acusador alegar com precisão e comprovar sumariamente o motivo ensejador capaz de legitimar e justificar a preservação do depoimento.

4.2 A decisão judicial

Por sua vez, após a precisa alegação e a sumária comprovação da situação fática que inspiram o receio de que, ao tempo da normal instrução, seja impossível ou extremamente difícil a oitiva da(s) testemunha(s), caberá ao Juiz analisar os fatos e sua comprovação e decidir pela asseguração ou não da prova testemunhal.

Em caso positivo, tal decisão deverá ser devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF/88, sob pena de nulidade, inclusive por tratar-se de decisão que restringe direitos fundamentais do cidadão,[38] quais sejam, o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual é necessário que o juiz explicite as razões e os motivos que o convenceram da real necessidade e da imprescindibilidade da medida excepcional – com fundamento em base empírica idônea – e a satisfação dos pressupostos legais (art. 366 c/c art. 225 do CPP), diante da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, mormente as que atingem os direitos constitucionais fundamentais, já que, nesses casos, a ausência de fundamentação é característica de subjetivismo e arbitrariedade e conseqüente injustiça.[39]

38. Sobre a exigência da motivação das decisões judiciais que limitam direitos fundamentais: ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal Penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 175-176.

39. TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 261 e ss.

A exemplo das decisões que concedem outras medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais (*v.g.* prisões temporária e preventiva), a decisão que autoriza a asseguração da prova oral também é medida excepcional e restritiva de direitos fundamentais (contraditório e ampla defesa), necessitando de fundamentação judicial clara e suficiente a demonstrar a necessidade da medida, diante do conflito entre o interesse estatal e o interesse individual, pois a admissibilidade das medidas estatais limitativas de direitos fundamentais no processo penal também depende da observância do princípio da necessidade[40] e, sempre que possível, tais medidas devem ser evitadas, empregando-se outros meios que lesionem em menor medida os direitos individuais.

Patente, pois, a razão pela qual é necessária a fundamentação da decisão judicial que, assim, irá demonstrar a necessidade da medida excepcional, inclusive porque, o ordenamento jurídico brasileiro, ao tornar a exigência de fundamentação das decisões judiciais um elemento imprescindível e essencial à valida configuração dos atos judiciais, impôs em favor dos cidadãos uma potente garantia contra os excessos do Estado e uma clara limitação dos poderes deferidos aos juízes e Tribunais, que, assim, devem fundamentar e motivar todas as decisões constritivas dos direitos fundamentais dos indivíduos que pratiquem no desempenho de seu ofício jurisdicional.[41]

4.3 A necessidade da posterior produção da prova

Como já visto, o art. 366 do CPP caracteriza uma medida cautelar de asseguração de prova e não uma verdadeira produção antecipada de prova, e, assim, a precoce oitiva da(s) testemunha(s) tem como única finalidade o caráter conservativo dos depoimentos, documentando fatos que corriam risco de não

40. Sobre o princípio da necessidade: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit.

41. STF, 1ª T., HC 68.530/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 05.03.1991, *DOU* 12.04.1991.

serem testemunhados diante de uma situação concreta que inspirava receio de que, ao correto tempo da instrução criminal, fosse impossível ou extremamente difícil de serem testemunhados.

Portanto, tais depoimentos deverão ser *obrigatoriamente* produzidos na fase de instrução processual, após o término da suspensão do processo, com a presença do réu e/ou seu defensor constituído, ou seja, a(s) testemunha(s) deverá(ão) ser novamente ouvida(s) em juízo – após o interrogatório do réu –, agora em caráter probatório e instrutório, mediante a plena aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, ocasião em que, somente aí, após sua verdadeira produção, o juiz da causa poderá avaliá-la diante do contexto probatório onde produzida, sendo insuficiente a mera convalidação do(s) anterior(es) depoimento(s), sob pena de nulidade do processo, ante a afronta aos princípios constitucionais citados.[42]

Se assim não fosse, conforme acima mencionado, estar-se-ia fazendo tábula rasa da modificação legal determinada pela Lei 9.271/96 e instaurando-se uma verdadeira produção de provas sem a presença do acusado e seu defensor, o que não mais não encontra guarida em nossa sistemática constitucional.

Não basta, por outro lado, no momento da verdadeira produção da prova oral, a simples reiteração e ratificação das anteriores declarações prestadas, cabendo à(s) testemunha(s) depor nova e integralmente sobre os fatos que teve conhecimento, abrindo-se oportunidade ao réu e seu defensor de inquiri-la, fazendo

42. Nesse sentido, anulando-se o processo penal por cerceamento de defesa, ante a mera convalidação dos depoimentos cautelarmente assegurados: "Prova – Suspensão do processo pela revelia do acusado – Produção antecipada da prova testemunhal – Hipótese – Descabimento – *Posterior prisão do recorrente, limitando-se o Magistrado a determinar o seu interrogatório, convalidando a prova anteriormente colhida Inadmissibilidade Flagrante cerceamento de defesa* – Imposição da anulação do processo, e em conseqüência da r. sentença, uma vez que fundada em provas colhidas com ofensa a garantias constitucionais básicas, operando-se, diante disso, a prescrição da pretensão punitiva, devendo ser declarada extinta a punibilidade do apelante – Processo anulado de ofício, prescrição consumada" (TJSP, ApCrim 855.746-3/5-Matão, 12ª Câm. Crim., rel. Des. Vico Mañas, j. 18.04.2007, v.u.).

perguntas à mesma, dando-se, assim, maior eficácia e aplicabilidade aos princípios constitucionais tutelados pela norma processual em questão.

4.4 A transformação em prova

Por fim, resta a questão se a prova cautelarmente assegurada pode passar a ter verdadeira natureza instrutória processual e a resposta, *s.m.j.*, é positiva naqueles casos em que a ameaça, que autorizou a medida, efetivamente se concretize, impedindo, pois, a produção da prova testemunhal no seu momento processual oportuno.

Ora, se a medida cautelar de asseguração de prova testemunhal visa à sua segurança, preservando sua futura produção do perigo que a ameaça, parece razoável que, com a concretização da ameaça que veio a impedir a oportuna produção do testemunho, aquelas declarações anteriormente asseguradas passem, então, a ter verdadeira natureza probatória, já que confirmada aquela causa legalmente autorizadora da excepcional medida cautelar e, pois, a sua própria razão de existência.

Entretanto, não basta a simples alegação nos autos de que se tornou impossível encontrar a testemunha ou que esta não pode testemunhar, devendo o juízo tomar todas as medidas processuais cabíveis para comprovar tais fatos, como, p. ex., a expedição de ofícios para a localização da testemunha, a comprovação documental de que esta encontra-se impedida de testemunhar, etc., sob pena de, mais uma vez, tornarem-se inúteis as preocupações e as modificações da Lei 9.271/96.

Portanto, após a devida e real comprovação processual de que a testemunha não pode prestar as declarações que anteriormente foram cautelarmente asseguradas, tais declarações passam a ter a efetiva natureza processual de prova, podendo, assim, serem avaliadas pelo juiz da causa no contexto onde, agora, produzidas, com legitimidade para influenciar sua convicção e a fundamentar a decisão judicial, sem que haja qualquer afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

5. Conclusões

Tendo em vista que a Lei 9.271/96 foi editada com a finalidade de maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais dos acusados, dando plenitude e efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, transformando em realidade a contraposição dialógica das partes e eliminando as desigualdades, jurídica e/ou de fato, entre os sujeitos processuais, impedindo as condenações criminais de réus revéis, deve-se entender, nesse contexto, que a produção antecipada de prova testemunhal, autorizada pelo art. 366 do CPP, tem o nítido caráter de medida cautelar incidental *ad perpetuam rei memoriam,* que visa à segurança da prova, não se tratando, pois, de verdadeira produção emergencial e antecipada de prova, mas, sim, de mera asseguração cautelar de prova, com efeito puramente conservativo, não implicando na plena e efetiva realização do direito probatório.

Diante de tais considerações, ocorrem vitais conseqüências processuais práticas, tais como a necessidade do órgão acusador alegar com precisão e comprovar sumariamente o motivo ensejador e legalmente capaz de legitimar e justificar a preservação do depoimento; a necessidade de fundamentação da decisão judicial que acolher tal pretensão e determinar a asseguração da prova; a obrigatoriedade de posterior produção da prova testemunhal na fase de instrução processual, após o término da suspensão do processo, com a presença do réu e/ou seu defensor constituído; etc.; conseqüências que, se não devidamente observadas, poderão tornar inúteis as preocupações que motivaram a edição da Lei 9.271/96 e a ocorrência do risco de instaurar-se uma verdadeira produção de provas sem a presença do acusado e seu defensor, o que não mais não encontra guarida em nossa sistemática constitucional.

6. Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro.* 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. 8. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. II.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, *et alii. Teoria geral do processo.* 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Do processo cautelar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DINARMACO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo: RT, 1987.

_____. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penale.* Milano: Giuffrè, 1968.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos políticos do novo tratamento da revelia. *Boletim IBCCRIM,* n. 42. Edição Especial, junho 1996.

_____. *O processo constitucional em marcha.* São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____. *Liberdades públicas e processo penal.* 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

JARDIM, Afrânio Silva. A suspensão obrigatória do processo: reflexão sobre a interpretação e aplicação do art. 366 do CPP. *Revista Forense,* v. 352/526, 2000.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal.* 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, t. I.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MANDUCA, Fillippo. *El procedimiento penal y su desarrollo científico.* Trad. Angel Pintos y Pintos. Madri: La Espana Moderna, 1888.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. XII.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Estudos de direito processual penal.* São Paulo: BH, 2006.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A prova testemunhal: a urgência do art. 366 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, n. 95, abril 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución.* 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal penal.* Madrid: Colex, 2004.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* São Paulo: RT, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.

3. Crime e Sociedade

As revistas jurídicas e o debate ideológico nos anos 1937-1964

Carlos Henrique Aguiar Serra
Professor Adjunto do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFF.
Doutor em História pela UFF.

Resumo: Pretende-se analisar as revistas jurídicas no Brasil ao longo dos anos 1937-1964. Desta forma, há um estudo acerca das revistas *Forense, Jurídica, Faculdade de Direito de São Paulo, Faculdade de Direito do Recife, A Época* e *Lei e Polícia*. Objetiva-se também refletir a respeito do debate ideológico que atravessa todo o período. A hipótese defendida é de que o pensamento jurídico-penal hegemônico neste período estudado é de corte tecnicista, dogmático e, portanto, autoritário.

Palavras-chave: Revistas jurídicas – Debate ideológico – Pensamento jurídico-penal – Tecnicismo – Dogmatismo.

Résumé: On prétend analyser les revues juridiques au Brésil le long des années 1937-1964. Les revues selectionnées ont été: Forense, Jurídica, Faculdade de Direito de São Paulo, Faculdade de Direito do Recife, A Época e Lei e Polícia. On objective aussi réfléchir au sujet du débat idéologique qui traverse cette période. L'hypothèse défendue c'est qui la pensée juridique-pénale hégémonique dans cette période étudiée est de coupe techniciste, dogmatique et, donc, autoritaire.

MOTS-CLEFS: Revues juridiques – Débat idéologique – Pensée juridique-pénale – Techniciste – Dogmatisme.

ÁREA DO DIREITO: Penal

Consideramos que as idéias jurídico-penais elaboradas ao longo dos anos 1937-1964[1] apresentam formulações que, uma vez desvendadas, contribuirão para uma melhor compreensão deste período. Queremos analisar o debate ideológico que ocorre no campo das idéias jurídico-penais durante este período.

Estamos trabalhando com o pensamento jurídico-penal expresso nas revistas especializadas em idéias jurídico-penais no Brasil. Estas revistas, *Forense, Brasileira de Criminologia, Lei e Polícia, A Época, Faculdade de Direito de São Paulo, Jurídica* (Faculdade Nacional de Direito-Rio de Janeiro) e *Acadêmica* (Faculdade de Direito do Recife), constituem-se como significativas fontes de pesquisa.

Alguns temas são os mais debatidos e analisados pelos juristas nesta época, tais como: *1) a Constituição de 1937; 2) a reforma da legislação penal brasileira em 1940; 3) a Constituição de 1946; 4) as medidas de segurança inscritas no código penal de 1940; 5) o Direito, a cultura jurídica e o pensamento jurídico no Brasil.*

Outros temas também significativos, são: *1) a conjuntura histórica; 2) aumento da criminalidade; 3) o comunismo; 4) Filosofia do Direito; 5) homicídio no Código Penal de 1940.*

Destacamos que os diferentes temas que são analisados pelo pensamento jurídico-penal evidenciam concretamente a presença de um pensamento jurídico-penal hegemônico.

A nossa proposta metodológica de análise do discurso jurídico-penal aponta para uma tentativa de se pensar este discurso de maneira diferente, ou seja, como um documento histórico no qual há que se historicizar cada pedaço do discurso.

1. Ver, em particular, nosso trabalho de doutoramento *História das idéias jurídico-penais no Brasil*: 1937-1964. Niterói: UFF, 1997.

Analisaremos num primeiro momento deste trabalho os temas que aparecem com mais intensidade nas diferentes revistas. Na análise dos artigos explicitaremos, também, as diferenças existentes entre as revistas, são sutis, no que tange à formulação do discurso jurídico-penal e à seleção dos temas.

A Constituição de 1937 é objeto de reflexão de alguns juristas, principalmente Francisco Campos, que era Ministro da Justiça. Esta reflexão configura-se como marco histórico para nosso trabalho.

O ano de 1940 é outro marco histórico para o nosso trabalho, na medida em que neste ano ocorre a reformulação da legislação penal brasileira. O tema da reforma do Código Penal, ocorrida em plena ditadura estadonovista, é muito significativo neste período. No entanto, apenas duas revistas, a *Forense* e a *Brasileira de Criminologia*, irão tratar com mais assiduidade dele ao passo que as outras não. Aqui uma primeira observação se faz necessária que é a de destacar o fato de que as revistas das faculdades de Direito praticamente não abordam este tema.

As três faculdades de Direito mais importantes, São Paulo, Rio de Janeiro e Recife, pouco consideram o tema da reforma do Código Penal, assim como, o da Constituição de 1937, no horizonte das suas preocupações acadêmicas.

As revistas das faculdades de Direito têm como característica comum a reflexão sobre a cultura jurídica, o Direito em si e a Filosofia do Direito.

Observamos, portanto, um distanciamento nos artigos que encontramos com a conjuntura histórica. Queremos dizer que a produção jurídico-penal destas revistas descola-se da reflexão acerca da realidade social, envolvendo-se pouco com as questões mais candentes do acontecer social.

Como possibilidade interpretativa a respeito de que as revistas das faculdades de Direito ao longo dos anos 1937-1964 se distanciam face às conjunturas históricas, sustentamos que tal distanciamento é uma peculiaridade significativa inscrita no ensino de Direito. Trabalhamos com a idéia de que o ensino do Direito, produzido e reproduzido nas faculdades de Direito, tem um distanciamento da

realidade social.[2] Destacamos duas características principais que encontramos no pensamento jurídico-penal, expresso nas revistas das faculdades de Direito, que são: tecnicismo e abstração. O tecnicismo observado nas revistas das faculdades de Direito constitui-se enquanto abstração completa da realidade social. Por tal razão, é que os artigos destas revistas pouco ou quase nada refletem sobre a realidade social.

Em relação às revistas com características mais técnicas como a *Forense* e a *Brasileira de Criminologia*, salientamos que estas são mais doutrinárias e os artigos que são publicados, em sua grande maioria, situam-se no campo da doutrina jurídico-penal. Há, portanto, uma produção toda voltada para a interpretação dos Códigos, leis e Constituições.

Por outro lado, identificamos outra significativa diferença em relação às revistas das faculdades de Direito que é no que se refere ao contexto histórico. Nestas revistas doutrinárias encontramos uma reflexão jurídica, de caráter político-ideológico, acerca da conjuntura específica.[3]

A revista *Forense* é a que mais se dedica aos temas da Constituição de 1937 e da reforma do Código Penal. Esta revista, no período analisado, conta com a colaboração de inúmeros juristas proeminentes, entre os quais figuras como, Francisco Campos, Ari Franco, Narcélio de Queiroz, Temístocles Cavalcanti e Caio Tácito.

A quase totalidade dos artigos escritos na revista *Forense* diz respeito à reforma do Código Penal de 1940, à Constituição de 1937 e à Constituição de 1946.

Os artigos, na verdade, expressam uma reflexão dos juristas acerca dos textos legais, Códigos e Constituições, sem, contudo, uma preocupação, salvo algumas

2. Estamos adotando a hipótese de MENDEZ, Emílio Garcia expressa no livro *Autoritarismo y control social*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 239.

3. Nas revistas com características mais doutrinárias, como a *Forense*, a *Brasileira de Criminologia* e a *Lei e Polícia*, encontramos, em larga escala, os artigos dos juristas Nélson Hungria e Roberto Lyra.

exceções, com a realidade social. Identificamos uma forte tendência ao aspecto juridicista presente nos artigos desta revista.

A *Revista Forense* foi fundada na data de 1904, em Minas Gerais, pelos professores Mendes Pimentel e Estevão Pinto.

Em 1936, passou a ser uma revista nacional. Sua publicação era trimestral e, além do fato desta revista ser a mais antiga de todas as outras revistas que estudamos, ela também cobre todo o período compreendido entre 1937-1964.

O jurista Francisco Campos escreve alguns artigos que se constituem como importantes documentos históricos e que, por conseguinte, permitem-nos avançar na elucidação do seu próprio discurso jurídico-penal e também de sua época.

Um dos principais defensores do Código Penal de 1940 é o Ministro Francisco Campos, que o interpretava como um "instrumento adequado" para a "repressão do crime". Esta defesa, parece-nos uma pista significativa para acentuar o veio autoritário-repressivo deste Código.

Em artigo publicado no período de outubro-dezembro de 1940, "A Consolidação da Ordem Jurídica Brasileira", Francisco Campos aborda as realizações do Governo do Presidente Getúlio Vargas e sublinha a importância da reforma da legislação penal.

Segundo Campos, o novo código, desejado durante longos cinqüenta anos de tentativas fracassadas, deverá ser "um instrumento adequado para a repressão ao crime". Ainda acrescenta que, considerando que as medidas propriamente penais se "mostraram insuficientes na luta contra a criminalidade", o projeto adotou, ao lado das penas, o sistema de medidas de segurança, essencialmente preventivas e destinadas à segregação, à vigilância, à reeducação e ao tratamento dos indivíduos perigosos, ainda quando moralmente irresponsáveis. Por fim, Campos salienta que o Brasil terá "uma lei penal digna de sua cultura".[4]

4. CAMPOS, Francisco. A consolidação da ordem jurídica brasileira *Revista Forense*, out.-dez. 1940, p. 757.

O discurso de Francisco Campos explicita o seu desejo de que o Código Penal, após cinqüenta anos de tentativas fracassadas, seja mais repressivo e portanto, eficiente no combate à criminalidade. O interessante a observar é que os tais cinqüenta anos de tentativas fracassadas nos remetem ao primeiro Código Penal republicano que data de 1890. Este código era de caráter notadamente autoritário-repressivo, controle e repressão perante os ex-escravos e aos homens livres e pobres, e foi elaborado antes da Constituição Republicana de 1891 com o objetivo de reprimir os ex-escravos e os homens livres e pobres. O desejo de Campos é que o Código Penal de 1940 seja ainda mais autoritário-repressivo do que o de 1890.

A afirmação de que o Brasil terá "uma lei penal digna de sua cultura" traz consigo a concepção do autor de que pelo fato da "cultura brasileira" ser autoritária, Campos[5] trabalha com a noção de que o autoritarismo é atávico, natural, à sociedade brasileira, e não de que é fruto de um processo político-ideológico excludente. Por tal razão, a sociedade brasileira deve ter um código autoritário-repressivo.

O discurso de Francisco Campos ainda nos revela outro aspecto muito importante que é o de clamar pelo recrudescimento do autoritarismo, aí cristalizado no código de 1940. Observamos que, sob o enfoque juridicista de Campos, um código ainda mais autoritário e repressivo elaborado durante a ditadura estado-novista eis o objetivo primordial deste jurista.

No que tange ao discurso jurídico-penal de Campos, salientamos que é um discurso complexo, rico e à medida que avançamos na análise revela-nos o seu viés juridicista que se coaduna com o autoritarismo e corporativismo que o caracterizam.

O pensamento autoritário-corporativista do autor que é um traço permanente e intenso fundamenta-se também na influência que o paradigma racis-

5. Consultar o livro de CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

ta-biologista, o lombrosianismo, exerce em Francisco Campos. Ilustrando esta afirmação, mencionamos o artigo "Novo Código Penal" escrito no início de 1941. Campos, observa que a justiça, pela *própria natureza de sua função, é em geral uma zona aparentemente neutra* e dentro dessa linha, ressalta que a *codificação satisfaz a este profundo impulso na natureza humana: cada época pretende durar além das fronteiras que lhe são traçadas pela natureza e pela história*. Para o autor, o novo código penal é formado por uma *vigorosa política criminal*. As penas revelaram-se *insuficientes na luta contra a criminalidade*.

O novo código estabelece as medidas de segurança, destinadas a *prevenir a criminalidade*, criando *novas garantias* para a sociedade contra a *legião cinzenta dos inadaptados*.[6]

Alguns pontos merecem destaque neste artigo: a) crença na neutralidade da justiça; b) concepção de natureza humana; c) o paradigma racista-biologista presente no discurso jurídico-penal.

A defesa por um código autoritário-repressivo traduz-se numa *vigorosa política criminal* que adotando as *medidas de segurança* criará garantias para a sociedade contra *a legião cinzenta dos inadaptados*. Esta *vigorosa política criminal* de cunho ainda mais autoritário-repressivo tem por objetivo primordial *proteger* a sociedade contra a *legião cinzenta dos inadaptados*. Temos o cerne do novo código penal no enfoque do autor: proteger a sociedade contra a multidão afro-brasileira excluída, que é uma expressão análoga à *legião cinzenta dos inadaptados*.

É interessante observar que o discurso jurídico-penal de Francisco Campos reifica o processo histórico de exclusão social, de marginalidade social, que se orienta na direção das classes dominadas da sociedade brasileira. Cabe-nos registrar que o pensamento jurídico penal vem marcado historicamente por esse viés autoritário, racista e excludente. Na conjuntura da virada do século XIX para o XX, o discurso jurídico-penal difunde a ideologia burguesa de

6. CAMPOS, Francisco. Novo Código Penal. *Revista Forense*, jan.-mar. 1941.

trabalho.[7] As *representações chaves* presentes no discurso jurídico-penal naquele momento histórico eram: crime, criminoso, contravenção, contraventor, delito, delinqüência.

Na análise do pensamento jurídico-penal de Francisco Campos, sublinhamos que, à medida que a ditadura varguista vai caminhando para o seu fim, o discurso de Campos radicaliza no autoritarismo, no dogmatismo e na intolerância. Observamos um desespero e um destempero do autor face a saída da ditadura.

O artigo no qual melhor expressa a radicalização verborrágica do autor intitula-se "A Constituição de 1937 e a sua vigência", escrito em 1945.

Campos, neste artigo, faz a defesa do golpe de 1937 e rechaça a idéia de que a Constituição de 1937 seja fascista. Segundo o autor, a Constituição de 1937 não é fascista, nem é fascista a ditadura cujos fundamentos são falsamente imputados à constituição. O regime de 1937 até aquele momento, tinha sido uma ditadura puramente pessoal, sem o dinamismo característico das ditaduras fascistas, ou uma ditadura nos moldes clássicos das ditaduras sul-americanas. Francisco Campos sustenta que se a Constituição tivesse sido aplicada não nos encontraríamos no impasse em que nos encontramos.[8]

Para o autor, o mais grave é que a Constituição de 1937 não tem mais vigência. Daí, a sua crítica enfática ao Ato Adicional – Lei Constitucional 9 de 28.02.1945 porque a tese implícita no Ato Adicional é que o poder constituinte, ao invés de residir no povo, reside no chefe do Governo. Ora, essa tese é o fundamento do regime totalitário e o primeiro postulado deste regime.

Após afirmar que a Constituição de 1937 nunca vigorou, Campos inicia, o que até então estava nas entrelinhas do artigo, uma crítica contundente ao Presidente Getúlio Vargas. Para Campos a única saída para Vargas é restituir à

7. NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Op. cit., p. 17.

8. CAMPOS, Francisco. A Constituição de 1937 e sua vigência. *Revista Forense*, jul.-set. 1945, p. 171.

Nação o governo de si mesma e, para isto, passar o poder a uma autoridade legal para tomar decisões fundamentais de caráter constitucional. O autor salienta que, desta forma, talvez, se possa salvar o que ainda resta do Brasil, depois de um tão longo período de *niilismo político e administrativo*. Talvez que, o Sr. Getúlio Vargas consultasse os "fiadores do Golpe de 1937, isto é, as classes armadas, outro não seria o seu conselho, ou outra não poderia ser a sua decisão".[9]

Concluindo o artigo e, também, a sua crítica veemente a Vargas, Campos sublinha que "este já *pensou demais em si mesmo. É tempo que pense um pouco no Brasil e no seu povo. Restitua-lhe a posse do futuro, uma vez que não pode recuperar o passado irremediavelmente perdido.*"

Este discurso é muito instigante e revela-nos como ponto nodal a preocupação do autor com o fim da ditadura varguista e a transição para o "regime democrático".

Tal preocupação explicita-nos as contradições também presentes entre o pensamento autoritário e a conjuntura marcada pelo autoritarismo e arbítrio. Isto em face de que, embora numa ditadura, há a formulação crítica de que esta deva ser ainda mais autoritário-repressiva. É o desejo pelo recrudescimento do autoritarismo. Identificamos nas críticas de Francisco Campos ao Governo Vargas importantes pistas para uma melhor compreensão do pensamento autoritário e, também, daquele contexto específico.

Ao sublinhar enfaticamente que a Constituição de 1937 nunca vigorou e, caso vigorasse, o país não estaria vivenciando os impasses do momento, Francisco Campos aponta-nos para o que ele chama de um grave paradoxo existente na história da sociedade brasileira no período da ditadura estadonovista.

Este "paradoxo" reside no fato de que na ditadura estadonovista, a constituição que corroborou juridicamente com o golpe de 1937, conforme salienta Campos, nunca vigorou. Segundo Campos, há um deslocamento para o exercício

9. CAMPOS, Francisco. Op. cit., p. 172.

de uma *ditadura pessoal* e não uma *ditadura legal-constitucional*. Ora, em que pesem as divergências político-ideológicas, caso existam, entre Francisco Campos e Getúlio Vargas é pertinente resgatar a história dos fatos para que possamos entender melhor nas entrelinhas as críticas de Campos a Vargas.

Observamos que Francisco Campos desde o golpe de 1937, no qual foi um dos *fiadores*, sempre se constituiu num dos principais interlocutores de Vargas na área jurídica. Cabe ressaltar que, além da Constituição de 1937, Campos presidiu, escolhido pessoalmente por Vargas, a comissão de juristas para a reforma da legislação penal brasileira em 1940. Portanto, os fundamentos jurídicos autoritário-repressivos que nortearam a ditadura estadonovista encontram em Francisco Campos o mais notável idealizador e realizador.

Há no discurso do autor um forte oportunismo, porque além de *fiador* do golpe de 1937 ele contribuiu decisivamente para o aprofundamento deste *longo período de niilismo político e administrativo* que ele critica. Talvez, resida aí uma das heranças que a conjuntura pós-1945 trouxe consigo e não tenha se libertado que é, além do autoritarismo, o referido *niilismo político e administrativo*.

Este desejo por maior repressão e autoritarismo é outra permanência histórica na sociedade brasileira nos momentos de saída da ditadura para o regime democrático.

A análise dos textos legais constitui-se no fulcro dos artigos publicados na revista *Forense*. Outros artigos importantes analisam, por exemplo, a Constituição de 1946.

Nas considerações dos juristas em torno da Constituição de 1946, estes ressaltam o caráter liberal da constituição e enfatizam o viés "democrático" desta.

No artigo "A Constituição de 18 de setembro de 1946: orientação e princípios fundamentais", Eduardo Espínola tece apenas considerações gerais sobre a Constituição de 1946, mas, acrescenta um ponto relevante para a análise que é o de salientar a ruptura e distinção acerca da Constituição de 1946 em relação à de 1937. Segundo Espínola, a Constituição, "fiel às nossas tradições políticas e

repelindo radicalmente as afirmações absolutistas da Carta de 1937", restabeleceu os "princípios da democracia", seguindo nos "pontos fundamentais a 1ª constituição republicana".[10] Para o autor, a nova constituição "nos reabilita perante as nações democráticas".

Este discurso inscreve-se no âmbito do pensamento liberal, com suas diferentes correntes, e estabelece uma ruptura em relação à Constituição de 1937 de caráter autoritário. Portanto, sendo, segundo ele, fiel às tradições políticas da sociedade brasileira, de cunho liberal conservador, a Constituição de 1946 resgata o aludido caráter "liberal-democrático" presente na primeira constituição republicana. Não há distinção para o autor entre liberalismo e democracia. Ambos são tratados e concebidos como sinônimos. Tal interpretação acerca do liberalismo e democracia é hegemônica no pensamento político no Brasil. Há uma grande dificuldade de se pensar o liberalismo. Primeiramente, com suas distintas correntes e não como algo homogêneo, e em segundo lugar que o liberalismo e o autoritarismo, reiteramos, são "faces da mesma moeda".

No discurso de Eduardo Espínola, observamos outro ponto que é bastante peculiar nos discursos jurídico-penais da época, isto é, o fato concreto do fim da ditadura varguista e, por conseguinte, a eleição de Dutra inaugurando o regime democrático, significa que este "regime democrático" não possui contradições, impasses que, por ventura, possam explicitar a presença do autoritarismo e do arbítrio. A afirmação do autor de que a Constituição de 1946 "nos reabilita perante as nações democráticas" deve, ser contextualizada, ou seja, historicizada.

Esta "reabilitação democrática", que sugere o autor, deve-se em grande medida aos efeitos político-ideológicos que são produzidos a partir de 1945, a Guerra-Fria no cenário político, que têm como pano de fundo a política externa

10. ESPÍNOLA, Eduardo. A Constituição de 1946: orientação e princípios fundamentais. *Revista Forense*, mar.-abr. 1947, p. 6.

norte-americana. A desconsideração deste aspecto acarreta graves equívocos teóricos, políticos, etc.

Numa linha similar de interpretação da Constituição de 1946, situa-se o artigo de Pedro Calmon, "Sentido e Interpretação da Constituição de 1946".

Calmon faz um breve histórico das constituições que o país teve. Ao todo, com esta, formava cinco constituições. Segundo o autor, a primeira, "liberal e monárquica", viveu de 1824 a 1889, "larga e honrada vida". A segunda, "republicana e liberal", no seu "claro corte americano", cobre o período de 1891 a 1930. A terceira, "heterodoxa pelas influências do pós-guerra de 1918", pouco durou de 1934 a 1937. A quarta, cuja característica foi a supremacia do executivo, de governo autoritário, realmente ditatorial pela omissão do Legislativo, que foi deixado de lado, entre o golpe de 10 de novembro de 1937 e a convocação da constituinte de 1945. A quinta, vigora no país e promete "muitos benefícios à pátria",[11] desde 18 de setembro de 1946".

A constituinte de 1946, na visão de Calmon, "não retrocedeu". Três conceitos fundamentais influenciaram-na: conceito misto ou conciliatório; conceito revolucionário ou dialético e o conceito especulativo ou oportunista. Na constituição, *há pensamentos democráticos, federalistas, desconfiados pensamentos liberais, pensamentos socialistas firmemente expostos*.

Esta constituição pode designar-se, segundo o autor, como uma "carta otimista, no feitio conciliador que a harmoniza com o temperamento nacional", com a "índole de nossa evolução" e o "sentido normal do progresso na América".[12]

Calmon faz uma exaltação ao *feitio conciliador* que personifica a constituição e que contribuirá, em face desta harmonia, conciliação, para que dê curso o "sentido normal do progresso na América". Por "sentido normal" do progresso,

11. CALMON, Pedro. Sentido e interpretação da Constituição de 1946. *Revista Forense*, mar.-abr. 1947, p. 315.

12. CALMON, Pedro. Op. cit., p. 315.

compreende-se o alinhamento automático à política externa dos EUA do Norte. Interessante notar que, embora identifique pensamentos democráticos, federalistas, socialistas e até "desconfiados pensamentos liberais", Calmon interpreta a constituição como sendo eminentemente conciliadora.

Talvez, os *desconfiados pensamentos liberais* apontem para a presença do pensamento autoritário na constituição e sabendo combinar tais influências a constituição adquire este *feitio conciliador*. O *feitio conciliador* é uma expressão do liberalismo conservador presente na constituição.

Na linha do enfoque liberal conservador, com viés juridicista, que é característico no período estudado, mencionamos ainda o artigo de outro jurista de renome Caio Tácito, intitulado "As reformas sociais e a ordem jurídica", publicado no período de julho-setembro de 1963.

Caio Tácito analisa o papel do jurista, o seu "dever", face à conjuntura da época e tenta estabelecer uma ligação entre as reformas sociais e a ordem jurídica.

As reformas sociais constituíam-se na "bandeira" do Governo de João Goulart. A partir de janeiro de 1963, com o resultado do plebiscito favorável ao presidencialismo, João Goulart passa a manifestar o desejo de seu governo pela implementação das reformas sociais que tinham por objetivo principal a transformação estrutural da sociedade brasileira. Salientamos que os setores mais conservadores e reacionários, a Igreja, setores das Forças Armadas, as classes dominantes, partidos políticos como a UDN, o PSD e também a "ala moderada" do PTB, logo se opuseram ao projeto político das reformas sociais. Esta intensa oposição culminou no Golpe militar de 1964.[13]

Segundo Tácito, o dever dos juristas, como dos políticos na "hora atual", é o de "imprimir à ordem jurídica tais anseios de progresso", sem que se "desme-

13. SERRA, Carlos H. A. *O pensamento político de San Thiago Dantas*: uma análise crítica da conjuntura político-ideológica de 1958-1964, PUC-Rio, Dissertação de Mestrado, julho 1991.

reçam as conquistas consolidadas na herança do passado".[14] O autor sustenta que as reformas sociais devem e podem "fazer-se evolutivamente, como trabalho de aperfeiçoamento aos trabalhos existentes, sem o hiato de soluções violentas, sempre excessivas na obra de destruição".[15]

Há o seu repúdio pela transformação que ele acaba por conceber como violenta. A reforma social assume este caráter conciliatório, "evolutivo" e "não-violento".

Para o autor, a ordem jurídica não exclui o "progresso social". São noções que se "complementam, integrando-se – como na legenda de nossa bandeira – como a suprema aspiração da justiça".[16]

O ponto central do pensamento jurídico de Caio Tácito, neste artigo, é o descolamento que o autor faz da questão jurídica e da questão político-ideológica; isto é, para ele, as reformas sociais devem ser encaminhadas "sob a primazia do jurídico". Esta concepção é dominante no pensamento jurídico no Brasil. Há um movimento ideológico pela autonomia da "instância jurídica".

Outro artigo que ilustra bem este enfoque pela plena autonomia da instância jurídica, é o de Carlos Medeiros Silva, "Observações sobre o Ato Institucional", publicado em abril-junho de 1964.

Este artigo endossa a nossa hipótese de que a ideologia jurídico-penal no Brasil é hegemonicamente dogmática e, nos anos 1937-1964, e que aponta para permanências históricas inscritas no autoritarismo.

Carlos Medeiros Silva sublinha que com o Ato Institucional 1 o Golpe militar passa para a categoria de "Revolução". A "Revolução", portanto, "legitima-se", enquanto tal, alicerçada no dispositivo jurídico utilizado pelo governo golpista do General Castelo Branco a partir de abril de 1964. Esta se constitui na lógica jurídica do autor.

14. TÁCITO, Caio. As reformas sociais e a ordem jurídica. *Revista Forense*, jul.-set. 1963, p. 375.

15. TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 376.

16. Idem, p. 378.

Para Medeiros Silva, o Ato Institucional 1 é o "instrumento jurídico adequado para enfrentar a crise social, política e administrativa".[17] Observamos que "um instrumento" também pode ferir, machucar e matar e este "instrumento jurídico adequado", legitima o arbítrio e a repressão no país. Entretanto, o autor ainda acrescenta que "finalmente a revolução acaba de publicar o seu ato institucional sem o qual o triunfo das armas não teria conseqüências na vida do país".[18]

O caráter juridicista fica ainda mais nítido quando Medeiros Silva expressa que "as medidas de ordem jurídica que o ato consagra visam à aceleração do processo legislativo, quanto a possibilitar as reformas constitucionais e a elaboração das leis".[19]

O que interpretamos a partir do Ato Institucional 1 é o recrudescimento do arbítrio na sociedade brasileira sempre embasada por "instrumentos jurídicos adequados" que foram utilizados pelos Generais-Presidentes da República e que se traduzem nos inúmeros atos institucionais aplicados durante o período da ditadura militar no Brasil.

A análise dos textos legais, códigos e constituições, conforme já afirmamos, é o objeto central da revista *Forense*. Entretanto, identificamos, também, em menor intensidade, na revista *Brasileira de Criminologia* a preocupação de alguns juristas em abordar exclusivamente os textos legais.

A revista *Brasileira de Criminologia* tem seu início em 1947 e constituía-se numa publicação trimestral. O seu primeiro diretor foi Roberto Lyra. A produção jurídico-penal desta revista caracteriza-se por artigos estritamente acadêmicos que versam sobre vários temas que dizem respeito, por exemplo, à problemática da dogmática jurídica; ao Direito propriamente dito; ao pen-

17. SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o ato institucional. *Revista Forense*, abr.-jun. 1964, p. 397.

18. SILVA, Carlos Medeiros. Op. cit., p. 397.

19. SILVA, Carlos Medeiros. Op. cit., p. 398.

samento jurídico-penal no Brasil; aos textos legais; a Polícia; à questão da criminalidade.

Esta revista particularmente nos interessa porque nela há uma produção muito intensa dos artigos elaborados por Roberto Lyra e Nélson Hungria.[20] Destacamos que outros juristas de renome também contribuem com seus artigos na *Revista Brasileira de Criminologia*. Encontramos artigos de Sílvio Romero, Nina Rodrigues, Clóvis Beviláqua, Pedro Lessa, Demósthenes Madureira de Pinho, Basileu Garcia, Heleno Fragoso, entre outros.

Observamos que há uma diferenciação entre os artigos da revista *Forense* e os da *Brasileira de Criminologia*. Tal diferenciação reside menos no enfoque jurídico-penal, propriamente dito, e sim, na abrangência dos temas tratados por esta última revista.

Para o nosso trabalho, interessar-nos-á, num primeiro momento, os discursos jurídico-penais relativos aos textos legais. Nestes discursos, embora tenham como referência o código penal, por exemplo, observamos uma preocupação mais acadêmica, conceitual, em relação ao Direito, ao pensamento jurídico. Sublinhe-se que, por vezes, este caráter acadêmico do texto confunde-se com o academicismo, teoricismo. Isto produz um distanciamento face à realidade social. Tal distanciamento é ideológico e configura-se numa prática comum do pensamento jurídico-penal de corte mais tecnicista.

Os artigos selecionados desta revista refletirão sobre a necessidade, colocada pelos juristas, da reforma penal no momento da saída da ditadura estadonovista para o "regime democrático", com seus impasses e ambigüidades.

No artigo "Deve ser modificada a legislação criminal brasileira? Em que ponto?", escrito em 1948, Mário Gameiro defende enfaticamente a reforma penal.

20. A esse respeito, consultar: SERRA, Carlos Henrique Aguiar. *Direito penal e criminologia em Roberto Lyra e Nélson Hungria*: uma proposta indisciplinada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 (no prelo).

Considera que o código penal de 1940 está completamente obsoleto no combate ao crime e ao criminoso.

O autor rechaça as reformas puramente jurídicas por não confundir o Direito Penal com a Criminogenia, a Mesologia Criminal e a Prevenção e Repressão Criminais. Gameiro defende um novo código penal perfeitamente integrado ao seu tempo histórico, à "mentalidade revolucionária do século XX, nos seus reflexos e conseqüências no terreno criminológico, principalmente no que se refere à criminalidade e ao criminoso".[21] Para isto, há que se distinguir o "jurisperito" do "criminólogo". Segundo o autor, a tarefa do "novo" código cabe ao criminólogo.

Na distinção que faz entre o "jurisperito" e o "criminólogo", o autor estabelece que o primeiro é "tradicionalista, no geral rotineiro, grandemente pernicioso e, portanto, maléfico, em se tratando de reformas penais". O segundo, "em regra, é um inovador, um experimentalista, um missionário, um progressista que visa – de verdade – combater o crime e a criminalidade com as armas do século".[22]

Gameiro sustenta que a "ideologia criminológica" é "muitíssimo diversa" da "ideologia jurídica": a primeira, de "natureza política, utilitária, concreta, vital"; a segunda, de "ordem lógica, teórica, abstrata, fundamentalmente cerebral". Aquela, criada pelas "imposições da realidade contemporânea e da vida", esta, pela "mecânica e em elaborações da inteligência e da imaginação".[23]

Ao defender o papel da criminologia, o autor resgata o papel de Lombroso como o "grande pioneiro da Criminologia".

Ao destacar a criminalidade existente no Rio de Janeiro que "apavora e atemoriza" a sociedade brasileira, Gameiro decreta a "completa falência" dos códigos penal e processual penal em vigor no Brasil, isto é, *seriam velharias, totalmente inaptos para os combates de verdade contra a figura sinistra do criminoso.*

21. GAMEIRO, Mário. Deve ser modificada a legislação criminal brasileira? Em que ponto?. *Revista Brasileira de Criminologia,* jan.-mar. 1948, p. 149.

22. GAMEIRO, Mário. Op. cit., p. 150.

23. Idem, p. 151.

Conclui afirmando que há a necessidade de códigos em conformidade com o espírito e as necessidades do século XX, isto é, códigos e leis baseados num "modernissimo direito penal revolucionário", ou seja, códigos de "combate ao crime e ao criminoso. O mais é 'lero-lero', conversa fiada".[24]

Durante os anos 50, o pensamento jurídico-penal radicaliza ainda mais o seu posicionamento favorável a mais autoritarismo e repressão no controle social e no disciplinamento.

No começo da década de 50, o debate ideológico sobre o aumento da criminalidade, particularmente localizado no Rio de Janeiro, na época Distrito Federal, intensifica-se em larga escala e, por tal razão, notamos alguns juristas refletirem sobre o tema em questão.

Demósthenes Madureira de Pinho, professor de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito no Rio de Janeiro, escreve um artigo em 1951 que se intitula "Aumento da Criminalidade".

O autor trata desta questão de forma genérica partindo da premissa de que houve um aumento universal da criminalidade e, também, que há distintas causas do crime: ordem biológica e ordem social.

Segundo Madureira de Pinho, este *fenômeno universal* do aumento da criminalidade é uma das *conseqüências indiretas e remotas da grande tragédia que o mundo viveu com a guerra. Todos os fatores do crime adquiriram na guerra ou por seus efeitos uma virulência* inaudita. *Não haveria, portanto, como evitar uma crise de criminalidade intensiva.*[25]

Apresenta soluções para o combate à criminalidade na esfera biológica e educacional e afirma que "o problema de estrutura da sociedade, esse de caráter permanente, poderá, entretanto, ser atenuado em seus efeitos por uma legislação

24. GAMEIRO, Mário. Op. cit., p. 153.

25. MADUREIRA DE PINHO, Demósthenes. Aumento de criminalidade. *Revista Brasileira de Criminologia*, out.-dez. 1951, p. 15.

que corrija de modo eficiente os extremos de desigualdade que provocam luta e desespero".[26]

Ao abordar o problema de estrutura da sociedade, coloca esta de forma cética como de caráter permanente. Madureira de Pinho expressa o seu veio juridicista ao salientar que isto poderá ser atenuado através de uma legislação.

Este veio juridicista manifesta-se concretamente na concepção de que o chamado trabalho lúcido de combate à criminalidade é aquele que sabe combinar uma legislação eficiente com a aplicação rigorosa do código penal com suas penas e medidas de segurança.

Ressaltamos, contudo, que Madureira de Pinho é um dos poucos juristas deste período a refletir acerca do *aumento da criminalidade* ligando-o ao efeito da guerra e também, como decorrência, a não vincular este aumento com a saída da ditadura varguista para o regime "democrático". Há também o deslocamento da questão criminal considerada hegemonicamente numa perspectiva regional, ou seja, exclusiva do Rio de Janeiro, para uma perspectiva mais ampla, a universal. Ao interpretar que o "aumento da criminalidade" é um "fenômeno universal", Madureira de Pinho descola-se do aspecto específico, particular, com que este tema, era veiculado de forma hegemônica.

Na linha oposta à Madureira de Pinho, mencionamos o artigo de Paulo de Albuquerque Prado, escrito em 1955, intitulado "Contribuição em torno do problema de modificação do código penal".

É um artigo polêmico no qual se coloca vários pontos para a modificação do código penal. O autor parte da premissa de que o código penal de 1940 era perfeito para a época mas que, posteriormente em face do aumento da criminalidade, é necessário que se modifique e atualize.

Destacamos duas sugestões dadas por Albuquerque Prado para a modificação do código penal: 1) diminuir o limite de menoridade, 18 para 16 anos e 2)

26. MADUREIRA DE PINHO, Demósthenes. Op. cit., p. 16.

introdução da pena de morte, em casos excepcionais, com "comprovação absoluta da culpabilidade dos delinqüentes" e seguindo, em parte, a carta de 1937, que previa a pena de morte para os "homicidas perversos, autores de crimes de sangue cometidos com requintes de perversidade".[27]

Há aqui um ponto significativo que é o do autor na sua defesa, em casos excepcionais, pela adoção da pena de morte, expressar que se deve seguir a carta de 1937 no que tange à "pena de morte para os homicidas perversos". Identificamos aí, isto proferido em 1955 não obstante os dilemas e contradições do Estado democrático de Direito, uma linha de continuidade para a plena manutenção do arbítrio, do regime autoritário.

Salientamos que não há uma uniformidade de temas que são abordados pelo pensamento jurídico-penal. Há, pelo contrário, uma pluralidade de temas que são analisados tanto por juristas como também, por estudantes de Direito. Este, é o caso específico da revista *A Época* que, na verdade, é um órgão do corpo discente da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro.

A revista *A Época* é uma publicação do corpo discente da Faculdade Nacional de Direito que cobre o período estudado e apresenta uma produção, comparando-se com outras revistas, relativamente modesta no campo jurídico-penal. Juristas como San Thiago Dantas, Nélson Hungria, Clóvis Bevilácqua, Haroldo Valadão, Hermes Lima, Evaristo de Moraes Filho, entre outros, contribuem para esta revista.

Os artigos têm como temas principais: a reforma do código penal; a problemática do pensamento jurídico-penal; o Direito em si. São artigos técnicos que expressam um academicismo acentuado e, por conseguinte, um viés hegemônico juridicista. Estes artigos, escritos pelos estudantes em sua imensa maioria, refletem pouco sobre a realidade social e constituem-se como, outro

27. PRADO, Paulo de Albuquerque. Contribuição em torno do problema de modificação do Código Penal. *Revista Brasileira de Criminologia*, jan.-jun. 1955, p. 85.

dado que acrescentamos, a-críticos. Encontramos na revista *A Época* uma produção modesta que acaba por se coadunar no pensamento jurídico-penal hegemônico.

Selecionamos alguns artigos desta revista, que foram escritos durante o Estado Novo e no Estado de Direito.

Em artigo intitulado "O crime", publicado em abril de 1942, Emerson Luiz de Lima analisa o "problema da criminalidade". Isto em 1942, durante a ditadura estadonovista.

O autor define que o crime é uma "ação imoral" e que a solução para o problema da criminalidade encontra-se na educação do povo.[28]

O problema da criminalidade, na visão de Emerson Lima, não deve ser entregue somente ao médico, ou ao jurista, mas, principalmente, ao professor. É ao educador, conforme afirma o autor, a quem cabe o "mais importante papel da repressão do crime, na diminuição do índice criminal".[29]

Entendendo que a educação é a "grande mola central da sociedade civilizada", o pressuposto principal do autor é de que o crime é "conseqüência da falta de educação, da constituição moral imperfeita do homem e da sociedade".[30] Deste modo, o autor atribui crimes à "falta de educação dos cidadãos e à má organização do Estado".[31]

Embora o autor postule uma predominância do fator social no que diz respeito ao crime, este, na sua interpretação, sendo uma "ação imoral", decorre devido à "falta de educação dos cidadãos". Observamos uma postura preconceituosa do autor ao atribuir aos crimes esta "falta de educação". Também, a expressão "sociedade civilizada", na qual a educação é a "grande moda central", indica uma visão preconceituosa, elitista e etnocêntrica.

28. LIMA, Emerson Luiz de. O crime. *Revista A Época*, abril 1942, p. 39.
29. LIMA, Emerson Luiz de. Op. cit., p. 40.
30. Idem, p. 41.
31. Idem, p. 41.

A ênfase com que atribui o crime à *falta de educação* e isto sendo colocado em pleno Estado Novo, entra em sintonia com os projetos político-pedagógicos nas ditaduras principalmente as de caráter fascista, onde a necessidade imperativa de "educar em massa" é um dos objetivos centrais. Sob esta perspectiva, as classes dominadas, ou como aparece no artigo, o *povo*, *as massas*, são percebidas como "mal educadas", ou "sem educação", no sentido amplo da expressão, e como "criminosas em potencial", pois "falta-lhes educação". A própria expressão "falta de educação dos cidadãos" é ambígua porque não explicita que "falta de educação" é esta; pode ser a educação no sentido de hábitos, costumes, "regras", "normas", que uma "sociedade civilizada" enseja, ou, a educação como projeto pedagógico que aponta para a construção da cidadania. Esta última possibilidade, parece-nos, está descartada pois, historicamente, a educação no Brasil, hegemonicamente, não visa a cidadania e sobretudo, considerando-se o Estado Novo e a política de "educar as massas".

Outro artigo também interessante que escolhemos na revista *A Época* data de abril de 1949 e intitula-se "Necessidade dos Estudos de História do Direito", de autoria de Ebert Chamoun.

O título "Necessidade dos Estudos de História do Direito", à primeira vista, pode suscitar alguns equívocos na medida em que, parece sugerir uma defesa enfática da História do Direito. Contudo, sustentamos que a História é interpretada, sobretudo, enquanto "função", factual, de caráter descritivo, evolucionista, e não como método de investigação, de corte analítico.

Apesar de defender o estudo de História do Direito, Chamoun rechaça o emprego exclusivo da investigação histórica. Para o autor, os historiadores do Direito têm de "confessar que o seu manancial de estudos é incompleto, que experiência histórica é sempre insuficiente, dada a falta de documentação eventual e do contato direto com o fenômeno que já perdeu a finalidade".[32]

32. CHAMOUN, Ebert. Op. cit., p. 24.

Na sua visão, o historiador levanta hipóteses e, por esta razão, não se pode exigir do historiador o preenchimento de uma lacuna porque ele pode não ter elementos para sua solução ou ainda, que este deve contar com o irracional e o ilógico.[33]

O repúdio de Ebert Chamoun à investigação histórica é que esta, questionando o dogmatismo jurídico, não trabalha o Direito enquanto evolução. Esta é a principal "função" da História do Direito para o autor; apenas acompanhar o processo evolucionista sem, no entanto, obstaculizá-lo.

A *revista da Faculdade de Direito de São Paulo* é a que possui, entre as revistas das Faculdades de Direito estudadas neste trabalho, a mais intensa produção no campo do pensamento jurídico-penal. Há, verdadeiramente, uma busca de produção de conhecimento vastíssima no período recortado.

A principal inovação temática encontrada na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* é a "Filosofia do Direito" na qual, entre outros, destaca-se, particularmente, os trabalhos apresentados pelo jurista Miguel Reale. No que concerne aos outros temas abordados na revista, destacamos: *1) Código Penal; 2) Escolas de Direito; 3) o Direito.*

Os artigos analisados desta revista caracterizam-se por serem mais acadêmicos, teóricos, voltados estritamente para uma reflexão sobre o Direito enquanto campo de saber. São artigos teóricos, herméticos, que somente tecem considerações analíticas acerca da dogmática jurídica. Esta revista possui outra peculiaridade significativa que é a mais absoluta descontextualização empreendida nos artigos. Há um descompromisso de quase todos os juristas que escrevem para esta revista de contextualizarem as suas "discussões jurídicas". Isto é significativo posto que é a revista, no âmbito das revistas das faculdades de Direito, que mais produz artigos, e, então, podemos notar, contudo, que estes se pautam por um afastamento intencional acerca da realidade social.

33. CHAMOUN, Ebert. Op. cit., p. 25.

Como em outras revistas, juristas importantes contribuem com seus escritos para esta revista. Podemos destacar Miguel Reale, Noé Azevedo, Basileu Garcia, Almeida Jr., Sampaio Dória, Cândido Mota Filho, Cândido Mendes Almeida, entre outros.

Em maio de 1940, Miguel Reale inscreveu-se no concurso de professor catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de São Paulo, apresentando a tese "Os fundamentos do Direito" e foi classificado em primeiro lugar.

Nomeado professor catedrático de Filosofia do Direito, por decreto do governo estadual de 06.05.1941, tomou posse em 14.05.1941.

Reale, em seu discurso de posse, expressa que *"desde o momento em que me apresentei a esta Faculdade para a disputa de uma cátedra, não almejei ambiente então que não este de cordialidade e de simpatia, único ambiente compatível com a atividade criadora de espírito, e aqui vim na qualidade de estudioso, pensando tão somente em trazer uma contribuição pessoal à ciência jurídica no Brasil."*[34]

Elogia Pedro Lessa a quem considera como um "dos melhores padrões de nossa jurisprudência e um dos mais nobres vultos da magistratura brasileira". Acrescenta ainda que quando se fizer "um estudo mais aprofundado da obra do mais ilustre dos titulares desta cátedra, ter-se-á de reconhecer que ela significou bem mais que uma afirmação de naturalismo jurídico inspirado na Escola Spenceriana, e que nela já se encontram esboçados alguns elementos do triunfante humanismo jurídico contemporâneo".[35]

Ressalta que o que "nos cabe é apreciar com objetividade a sua posição na história do pensamento filosófico-jurídico do Brasil, em geral, e desta Faculdade em particular". Considera que Pedro Lessa pertenceu "mais à família dos juristas-filósofos do que à dos filósofos-juristas".

34. REALE, Miguel. Discurso de posse. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, jan.-ago. 1941, p. 21.

35. REALE, Miguel. Op. cit., p. 22.

Reale destaca que entre a "orientação positiva" do tempo de Pedro Lessa e o "hodierno culturalismo jurídico", em sua feição realista, "existe uma decisiva diferença com relação à atitude espiritual em que fale dos problemas do universo e da vida, superada como está a atitude preconcebidamente anti-metafísica daquela; mas há também um traço comum, que é o apego à experiência histórica, o desejo permanente de não esvaziar o Direito de um conteúdo social".[36]

Segundo Reale, se estudamos a História do Direito, "notaremos que existe, quase sempre, um renovar de indagações filosófico-jurídicas, toda vez que os acontecimentos políticos, as pressões da vida econômica ou as lutas religiosas abalam os alicerces da ordem constituída, fazendo desaparecer a paz dos espíritos".

É a partir desta observação que Reale manifesta a sua inquietação e desenvolve a sua argumentação. Afirma que há em toda sociedade duas ordens de aspirações permanentes, que só *à custa de muitos esforços e sacrifícios se conciliam em um estado que se poderia classificar de equilíbrio instável, por ser sempre uma conjugação de estabilidade e movimento*. Uma é a ordem das aspirações "orientadas no sentido das diferenças progressivas, das mudanças e das inovações"; a outra é a das "aspirações dirigidas no sentido do *status*, do compromisso em face do que existe, da predileção pelas instituições lentamente comparadas pelas experiências históricas seculares, sendo que, de uma maneira geral, essas classes de tendências e de inclinações predominam em tipos humanos distintos, havendo os renovadores por índole, como há os conservadores por temperamento".[37]

Nesta linha de raciocínio, o autor acaba expressando que "no fundo, todo homem normal sente a necessidade da ordem, porque a ordem é a harmonia de movimentos e é composição estética de forças".[38]

36. REALE, Miguel. Op. cit., p. 23.
37. REALE, Miguel. Op. cit., p. 27.
38. Idem, p. 28.

Identificamos no pensamento filosófico-jurídico de Miguel Reale, as linhas mestras da sociologia funcionalista postulada por Durkheim. Parece-nos, então, que, quando Reale afirma que se encontra afastado da orientação filosófico-jurídica de Pedro Lessa, a Escola positiva do Direito, inspirada na Escola Spenceriana, este "afastamento" constitui-se enquanto retórica.

Para Reale, estamos vivendo uma época de revisão de valores e de profundas alterações nos quadrantes do Direito e ainda afirma que "qualquer que seja o desfecho desta grande crise, o certo é que uma nova ordem social há de surgir, trazendo uma concepção de Direito mais consentânea com o sistema de nossa produção econômica, mais em harmonia com os imperativos da dignidade humana".[39]

Miguel Reale sublinha o "caráter bidimensional do Direito, que possui um *substratum sociológico* no qual se concretizam os valores de uma cultura e, no mesmo tempo, é 'norma' que surge da necessidade de segurança na atualização desses valores".[40]

É o culturalismo que, para o autor, especialmente em sua expressão realista, atende a essa bidimensionalidade do fenômeno jurídico, procurando estudar o *substratum* sociológico do direito em razão de sua estrutura formal e de sua função normativa e evitando tanto os exageros do 'sociologismo' como os excessos do 'formalismo'."[41]

Concluindo afirma que "árdua, pois, a missão, e digna de encher toda uma vida, e eu conto convosco, moços da Faculdade de Direito de São Paulo, confiante na vossa que é também a minha geração".[42]

Sustentamos que o "culturalismo" professado por Miguel Reale não descola-se do "evolucionismo Spenceriana", do positivismo e que este "culturalismo"

39. Idem, p. 29.
40. REALE, Miguel. Op. cit., p. 132.
41. Idem, p. 133.
42. Idem, p. 134.

é distinto do postulado na Escola de Direito do Recife. É significativo para a nossa interpretação a não alusão em nenhum momento de seu discurso à Escola de Direito do Recife. Referencia-se esta Escola pelo pensamento jurídico-penal formulado por determinados juristas como Tobias Barreto, Clóvis Bevilácqua, Sylvio Romero, que foram pioneiros da corrente culturalista no Brasil que precisamente contrapõe-se ao pragmatismo-autoritarismo hegemônico na Faculdade de Direito de São Paulo.

Outro aspecto que queremos destacar no "culturalismo" de Miguel Reale é o distanciamento deste, pelo enfoque filosófico-jurídico preconizado pelo autor, da conjuntura histórica. É curioso observar que logo após a reforma da legislação penal brasileira, 1940, em plena ditadura estadonovista, o discurso de posse de Reale como catedrático de uma das mais importantes faculdades de Direito do país caracterizar-se como a-histórico. O seu enfoque filosófico-jurídico, perpassado pela metafísica, possui esta singularidade: uma reflexão de cunho teórico-academicista, tecnicista, que alija o contexto histórico.

Logo após o discurso de posse de Miguel Reale encontramos o artigo de Almeida Moura intitulado "O Código Penal e a pena de morte", publicado no período de setembro-dezembro de 1941.

Almeida Moura vai abordar um tema mais candente para a época que é o código penal de 1940 e a inclusão ou não da pena de morte. Este pragmatismo de Almeida Moura, combinando-se com o autoritarismo,[43] é peculiar na Faculdade de Direito de São Paulo.

Este autor expressa a sua indignação pelo fato do Código Penal de 1940 não ter incluído a pena de morte. O autor reclama "constitucionalmente" a inclusão da pena de morte. Menciona a Constituição de 1937 em que para crimes políticos, hediondos, a pena de morte era aplicada. Questiona a "liberdade" com que agiu o legislador do código de 1940.

43. A esse respeito, ver NEDER, Gizlene. *Violência & cidadania*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

Este artigo, muito sintético, é interessante porque revela uma divergência colocada por um jurista que é favorável a inclusão da pena de morte no código de 1940 e, desta maneira, postula uma sintonia entre este código e a constituição de 1937 uma vez que nesta há a pena de morte. A sua crítica à "liberdade" do legislador é no sentido de que este não acolheu no código a pena de morte.

Outro jurista com participação efetiva na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* durante o período estudado é Noé Azevedo, que no período 1943-1944 publica o seguinte artigo: "O Fundo de vingança da Penologia Moderna".

Noé Azevedo tece considerações acerca do fato da vingança predominar na penalogia moderna. O fim último da punição é a vingança. Analisa distintas concepções sobre a punição e delito.

Salientamos que o cerne deste artigo situa-se na concepção de Azevedo, fundamentada em dois autores. Dorado Montero, professor de Salamanca, autor de "El Derecho Protector de los Criminales", e o outro, Jiménez de Asíra, que afirma que é possível o postulado de um direito que proteja em lugar de afligir os criminosos. O autor parte da premissa de há todo um histórico da penalogia que se baseia na vingança.

A doutrina de Dorado Montero, na visão de Azevedo, direito protetor dos criminosos, é a verdadeira escola espanhola de moderna concepção.

Na sua crítica à prisão, ao cárcere, o autor chega a citar Tolstoi quando este denuncia a violência do sistema prisional. Ainda segundo Azevedo, há uma distância entre perdoar e castigar posto que "não se pode desconhecer a natureza humana".[44]

Esta perspectiva de Noé Azevedo é interessante na medida em que representa um avanço para a época caso consideremos que o autor formula tal perspectiva durante a conjuntura estadonovista. Por um lado, esta visão mais humanista que postula um "direito protetor dos criminosos" e denuncia a violência do cárcere

44. AZEVEDO, Noé. Op. cit., p. 192.

e a sua ineficácia, sem dúvida, representa um avanço. Mas, por outro lado, esta perspectiva inscreve-se no âmbito da psicologia norte-americana de corte "behaviorista", "comportamento condicionado", e, por fim, trabalha com a concepção de natureza humana. Identificamos um aspecto biologista presente na visão de Noé Azevedo. Queremos salientar que há limites e ambigüidades presentes na perspectiva do autor.

A discussão teórica, hermética, que caracteriza em grande parte, os artigos da revista pode ser melhor ilustrada ao mencionarmos o trabalho de Basileu Garcia, "Medidas de Segurança", publicado em 1945.

Basileu Garcia sublinha que o mais importante empreendimento do Código de 1940 é a introdução das medidas de segurança. O autor, sustenta que há diferenças e aproximações entre pena e medida de segurança.

O ponto central do artigo é que Basileu Garcia não faz uma distinção rígida entre pena e medidas de segurança. Pelo contrário, afirma, dando vários exemplos, que há uma forte aproximação entre ambas mas que isto fica oculto. As medidas de segurança podem ser percebidas também como castigo.

Na sua defesa das medidas de segurança, observamos este conteúdo academicista que embasa a sua argumentação e, também, caracteriza a *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. Há um forte apelo pelo cientificismo inscrito na concepção, aqui explicitada, da ciência penal.

Em artigo escrito em 1951, "Novos Rumos da Filosofia Jurídica", Pinto Ferreira tece considerações a respeito do pensamento filosófico-jurídico e enaltece o papel desempenhado na Filosofia do Direito por Miguel Reale.

Para Ferreira, os problemas fundamentais do pensamento, que "sempre subfazem à base das meditações ideológicas, somente podem ser devidamente situados e resolvidos mediante uma interpretação filosófica humanista e cultural".[45]

45. FERREIRA, Pinto. Novos rumos da filosofia jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1951.

Pinto Ferreira sublinha que existe em todas as atividades humanas, um "condicionamento histórico-social e biológico desde a religião à economia, e provavelmente é esta a visão desenvolvida recentemente na filosofia do direito, na sociologia, e no direito público pelo prof. Miguel Reale".[46]

Pinto Ferreira é o primeiro jurista da Faculdade de Direito de São Paulo, no período estudado, em que encontramos uma alusão à escola de Direito do Recife. Ferreira expressa que a "nova filosofia culturalista do prof. Miguel Reale tem, entre nós, pontos de contato (afora outros de divergência) com o pensamento jurídico-filosófico de Tobias Barreto, o famoso fundador da Escola do Recife, que foi um dos precursores geniais do culturalismo contemporâneo".[47]

O autor destaca que Tobias Barreto "não foi um pensador que passou com a sua época e o seu tempo. Imortalizou-se na filosofia do direito, e juntamente com Sílvio Romero, Clóvis Bevilácqua e Martins Júnior, procedeu a uma verdadeira revolução ideológica na sociedade brasileira, criando uma vida de idéias, a que se prende o seu nome".[48]

Ferreira menciona ainda Gilberto Freyre que afirmava "como o pensamento social de Sílvio Romero já antecipava profundamente o sistema sociológico de Hans Fremir; ou ainda o de Max Weber. O mesmo se diria de Tobias Barreto que, antes de Lace e Merenh, lançou o esboço inicial de uma filosofia culturalista do direito".[49]

Portanto, ainda segundo Ferreira, o "talento incontestável de Sílvio Romero se revela, assim, como o de um notável precursor das teorias da Sociologia e do Direito contemporâneos, conforme reconhecem críticos insuspeitos, numa antecipação às novíssimas escolas de pensamento".[50]

46. FERREIRA, Pinto. Op. cit., p. 46.
47. Idem, p. 50.
48. Idem, p. 51.
49. FERREIRA, Pinto. Op. cit., p. 51.
50. Idem, p. 51.

Esta influência que a Escola de Recife exerce no campo da Sociologia do Direito e Filosofia do Direito no Brasil, conforme argumenta Pinto Ferreira, reiteramos, não é, entretanto, mencionada pela grande maioria dos juristas da Faculdade de Direito de São Paulo e particularmente, por Miguel Reale que auto intitula-se adepto do "culturalismo realista".

O fato de que a grande maioria dos juristas da Faculdade de São Paulo não mencionar, e, portanto, no reconhecer, o pioneirismo da escola do Recife no aspecto do culturalismo é significativo posto que a Escola de São Paulo caracteriza-se hegemonicamente por um enfoque jurídico-penal mais hermético, dogmático ao passo que a de Recife, pelo contrário, é mais aberto, interdisciplinar, flexível e humanista.

Finaliza, afirmando que Miguel Reale nivela-se com mais autênticas vocações da sistemática jurídica nacional, como Pontes de Miranda, Djacir Menezes, Sílvio Romero, Clóvis Bevilácqua, Mário Lins, trazendo uma contribuição valiosa à teoria do Direito e do Estado.[51]

Como principal contraponto à *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, situamos a *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. Contraponto no sentido de uma produção discursiva jurídico-penal que se diferencia da outra revista, como também, da forma como o pensamento jurídico-penal se articula no Brasil.

A *Revista Acadêmica* é a que mais procura refletir acerca da relação entre o Direito e a realidade social, defendendo, isto presente em diversos artigos, um outro enfoque jurídico-penal e aproximando este da História e da Sociologia.

Os temas abordados são: *a) Cultura Jurídica no Brasil; b) Código Penal; c) Homicídio no Código Penal; d) Pensamento Jurídico-Penal no Brasil; e) Criminalidade.*

Um aspecto interessante a ser ressaltado na *Revista Acadêmica*, é o que tange à sua produção acadêmica. Esta, é modesta no que se refere à quantidade

51. Idem, p. 51.

de trabalhos apresentados comparativamente à *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.*

Há uma diminuição dos trabalhos apresentados a partir do início da década de 1950. Queremos salientar que esta produção modesta de forma alguma compromete a qualidade dos trabalhos que são apresentados na revista.

Grandes juristas escrevem para a Revista Acadêmica, e, entre outros, podemos citar Clóvis Beviláqua, Barreto Campelo, Aníbal Bruno, Hermes Lima, Alcântara Machado e Pinto Ferreira.

Em artigo publicado no ano de 1941, intitulado "O arbítrio judicial na medida da Pena", Edgar Altino faz uma alusão à conferência de Nélson Hungria, em dezembro de 1941, na Faculdade de Direito do Recife.

Altino critica o posicionamento adotado por Hungria nesta conferência, isto é, segundo suas palavras, "infelizmente o Sr. Nélson Hungria me decepcionou. Nunca pensei que um homem do estofo intelectual de sua excelência tratasse as causas científicas com tanto desprezo".[52]

A crítica de Edgar Altino a Hungria é no sentido de que este "faz taboa rasa de tudo o que é científico".[53] Altino acusa ainda Nélson Hungria de ter "xingado Freud" dizendo que "ele nada mais fora do que mistura do velho hibridismo com o misticismo alemão".[54] Na verdade, Edgar Altino critica Hungria por que este desprezar as contribuições da Psicologia e da Psicanálise no Direito Penal.

A sua crítica é pertinente na medida em que por sua altivez e ousadia, ao questionar um jurista de renome como Nélson Hungria, o que se constitui num traço peculiar da Faculdade de Direito do Recife, rechaça o viés juridicista. Isto significa um grande avanço no campo das idéias jurídico-penais no Brasil considerando-se que em plena ditadura estadonovista, no ano de 1941, um professor

52. ALTINO, Edgar. O arbítrio judicial na medida da pena. *Revista Acadêmica*, 1941, p. 283.

53. ALTINO, Edgar. Op. cit., p. 284.

54. Idem, p. 285.

de Direito Penal ter a coragem de, ao criticar um jurista articulado com o sistema jurídico-político vigente, postular para o Direito Penal a importância das contribuições da Psicologia e Psicanálise no sentido de uma fuga da auto-referência na constituição do campo do saber jurídico.

Outro exemplo da criatividade, originalidade e tentativa de se pensar num enfoque jurídico-penal mais humanista, encontramos no artigo de Barreto Campelo, "Documentário de Criminalidade", escrito em 1943.

Neste artigo, Barreto Campelo realiza um documento da criminalidade nordestina, feito em parceria com os estudantes de Direito da Faculdade do Recife, nos seus aspectos mais característicos: gíria, tatuagem, medidas antropométricas e sociologia criminal, no intuito de se organizar o Museu de Criminologia.

Campelo salienta que o dicionário de gíria criminal, que inclui cerca de mil vocábulos e expressões, é, *"um resultado apreciável desses trabalhos. Autoridades policiais, juízes, promotores e advogados muito lucrarão como ele", pois, freqüentemente, "acusados e testemunhas se expressam numa estranha linguagem, que exige intérprete, a menos que a investigação criminal queira dar como apurado o que nunca lhe foi referido".*[55]

O autor defende enfaticamente a necessidade de se estudar a "mestiçagem brasileira", pois o "homem brasileiro continua sendo esse desconhecido".

Este relevante trabalho divide-se em dez capítulos que abordam: a gíria; a gíria entre os criminosos; outras formas de comunicação secreta usadas pelos criminosos; a tatuagem; a tatuagem como índice de perigosidade criminal; classificação e crítica das tatuagens coletadas; os cangaceiros; questões de terra; conceito do crime segundo os criminosos e injúria, rixa e porte de armas. Trata-se, sem dúvida, de um outro enfoque culturalista no campo do Direito. Podemos afirmar, com pouca margem de erro, que se faz notar aqui as influências da Antropologia de Gilberto Freyre.

55. CAMPELO, Barreto. Documentário de criminalidade. *Revista Acadêmica*, 1943.

Em diversos momentos deste trabalho, por exemplo, nos capítulos sobre a gíria e a "tatuagem como índice de perigosidade criminal", Campelo contesta abertamente Lombroso, afirmando que na sua pesquisa, as teses de Lombroso não encontram respaldo. Ilustrando esta afirmação, citamos o capítulo relativo à "tatuagem como índice de perigosidade criminal". Campelo faz alusão a Lombroso, afirmando que este sustentava que as tatuagens dos criminosos denunciavam "a repressão atávica dos tipos ao nível das populações selvagens, a vaidade, a jactância e a insensibilidade física dos delinqüentes, correspondendo à sua insensibilidade moral estigma psicológico)".[56]

Campelo sustenta que "não nos parece que a tatuagem seja sinal de criminalidade, mas resultam do ócio das prisões, do isolamento e da saudade dos detentos".[57]

Este trabalho traz consigo inúmeras contribuições considerando-se principalmente que foi escrito em 1943 durante a ditadura estadonovista. O objetivo primordial é a importância de se conhecer profundamente a sociedade brasileira, a sua cultura, e daí, a constatação de que o "o homem brasileiro continua sendo esse desconhecido". Neste esforço por conhecer o "homem brasileiro", Campelo realiza este instigante trabalho que, apoiado numa criteriosa e exaustiva pesquisa, consegue questionar as teorias de Lombroso, sublinhando que elas não se aplicam nas suas conclusões e observações. O questionamento a Lombroso é um grande passo dado pelo autor e que endossa a nossa premissa de que na Escola de Direito do Recife há um movimento que não segue as teorias de Lombroso.

Em relação à *Revista Jurídica*, da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro, observamos que esta se situa como ponto de equilíbrio entre as revistas de Direito de São Paulo e do Recife.

56. CAMPELO, Barreto. Op. cit., p. 135.
57. Idem, p. 142.

Esta revista constitui-se como síntese[58] destas outras duas escolas e revistas. Ao caracterizarmos a Revista Jurídica como ponto de equilíbrio, salientamos que a produção acadêmica desta revista não é tão abundante quanto a de São Paulo mas é maior que a do Recife. Outro ponto também, o que ilustra a revista como ponto de equilíbrio, é o fato de que os artigos não têm o academicismo, nem o teoricismo intenso que encontramos na revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

Por outro lado, também, não identificamos a criatividade, originalidade e abrangência sociológica e antropológica do enfoque jurídico-penal da revista do Recife. É precisamente por tais características que esta revista situa-se como ponto de equilíbrio, ou síntese das duas tendências.

Juristas como San Thiago Dantas, Demósthenes Madureira de Pinho, Haroldo Valadão, Oscar Stevenson, Hermes Lima, Evaristo Moraes Filho, entre outros, contribuem com seus trabalhos para a Revista Jurídica e abordam distintos temas como por exemplo: *1) o pensamento jurídico; 2) o Direito; 3) a educação jurídica;*

San Thiago Dantas é o jurista que mais produz academicamente para a *Revista Jurídica*, e seus artigos expressam bem este ponto de equilíbrio peculiar desta revista.

Em artigo publicado no período 1942-1943, "A Guerra e o Dever do Jurista", outro jurista Demósthenes Madureira de Pinho, aborda a temática da guerra, nestes anos ocorria a 2ª Grande Guerra Mundial, e da sua relação com o jurista.

Madureira de Pinho afirma enfaticamente que os princípios jurídicos não têm "outra mira que a paz, não viram outro alvo que a possibilidade da vida pacífica entre os homens, entre as classes ou categorias de pessoas, como entre os Estados".[59] Para o autor, a guerra, pelo jurista, deve ser "desconhecida e negada".

58. NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil.* Op. cit., p. 137.

59. MADUREIRA DE PINHO, Demósthenes. A guerra e o dever do jurista. *Revista Jurídica*, 1942-1943.

O Direito, na sua interpretação, será sempre "uma técnica a serviço dos ideais humanos, pronto a conformar-se com as realidades e com a vida".[60]

Este artigo, escrito durante a ditadura estadonovista, situa-se no campo do liberalismo conservador ao postular para o Direito um equilíbrio, consenso, harmonia, que aspira a "paz", a "vida pacífica". Sem dúvida, esta posição, para a época, representa um avanço porque mesmo definindo o Direito como uma técnica, esta é colocada a "serviço dos ideais humanos" no sentido de se buscar a "paz", a "vida pacífica". Não há uma visão estreita do autor pelo dogmatismo, tecnicismo jurídico, que são hegemônicos no pensamento jurídico-penal.

A proposta sustentada pelo autor de que o jurista deve "negar e esquecer" a guerra implica no viés liberal conservador que oculta o conflito e também, na leitura por um Direito "técnico e abstrato"[61] que se desloca por inteiro da responsabilidade social. É por esta razão que o questionamento à guerra feito por Madureira de Pinho situa-se no plano internacional e desse modo, não há nenhuma alusão ao Estado Novo, que não era uma "guerra", mas era uma ditadura. É como se o Direito pudesse pairar sobre a realidade social, sobre a conjuntura histórica.

No período de 1944-1945, San Thiago Dantas publica um artigo com o sugestivo título: "Novos Rumos do Direito".

Para San Thiago, defender o Direito é, assim, essencialmente, renovar o Direito.[62] Assim, o dever da consciência jurídica é "colocar o nosso país a salvo de toda ditadura".[63]

A questão central que San Thiago sublinha é de que "só o regime democrático é compatível com o Direito".[64] Faz um discurso em defesa do regime de-

60. MADUREIRA DE PINHO, Demósthenes. Op. cit., p. 11.

61. Consultar MENDEZ, Emílio Garcia. *Autoritarismo y control social.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1987.

62. DANTAS, San Thiago. Novos rumos do direito. *Revista Jurídica*, 1944-1945.

63. DANTAS, San Thiago. Op. cit., p. 407.

64. Idem, p. 408.

mocrático, o período era de transição, e da plena sintonia deste regime para como o Direito. Por tal razão, o que se coloca, é a renovação do Direito.

Há que se questionar a afirmação de que "só o regime democrático é compatível com o Direito" uma vez que isto é um equívoco tanto conceitualmente como historicamente pelo fato de que a própria definição de pensamento jurídico expressa que este também produz ilegalidades no interior de uma formação social. O Direito como prática social e ideológica produz as ilegalidades e o arbítrio sob a ótica jurídica vigente num regime autoritário-repressivo é "legal".

Em artigo escrito em 1955-1956, a revista era semestral, "A educação jurídica e a crise brasileira", San Thiago pretende discutir o papel do Direito e da educação jurídica na cultura de uma comunidade. Para o autor, é pela educação jurídica que uma sociedade assegura o "predomínio dos valores éticos perenes na conduta dos indivíduos e sobretudo dos órgãos do poder público". Pela educação jurídica é que a vida social consegue ordenar-se segundo uma hierarquia de valores, em que a posição suprema compete àqueles que dão à vida humana sentido e finalidade.[65]

San Thiago Dantas sustenta que há uma perda de confiança no Direito como técnica de controle social. A saída para este impasse, segundo o autor, está na "revisão da educação jurídica – reforma do ensino do direito nas escolas e universidades".

Por fim, San Thiago defende uma comunicação entre a Faculdade de Direito e as de Ciências Sociais, para que estudantes de Direito possam aprofundar conhecimentos das Ciências Sociais e estudantes de Ciências Sociais possam "haurir conhecimentos de Direito, reaproximando no plano educacional dois ramos da cultura que não podem ficar separados".[66]

65. DANTAS, San Thiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Jurídica*, 1955-1956, p. 10.

66. DANTAS, San Thiago. Op. cit., p. 12.

Neste artigo, San Thiago explicita bem o viés de seu pensamento liberal,[67] ao analisar o papel da educação jurídica na sociedade brasileira. Esta se encontra em crise, segundo o autor, face a perda de confiança no Direito enquanto técnica de controle social. A concepção do Direito enquanto técnica de controle social parece-nos pertinente embora o autor não aprofunde a sua compreensão por controle social.

Cabe-nos ressaltar, contudo, que a crise na sociedade brasileira não é somente jurídica mas sim política, ideológica, econômica, social. Desta forma, a sua defesa por uma abertura no ensino jurídico aproximando-o da Sociologia, por exemplo, aponta-nos para um avanço no seu pensamento jurídico.

Salientamos que é na Revista "Lei e Polícia" que observamos a existência do pensamento jurídico-penal de corte mais tecnicista, autoritário e reacionário, no sentido da intolerância e do dogmatismo que vão expressar. É a única revista que aborda com intensidade e destaque a conjuntura histórica estudada.

Os temas abordados na revista são: *1) a conjuntura histórica; 2) comunismo; 3) polícia; 4) criminalidade.*

Esta revista surge em 1948 e se estende até o ano de 1964. Ela conta com a participação de alguns juristas, policiais e chefes de polícia que escrevem artigos para a revista. Ela conta com as contribuições de Roberto Lyra, Nélson Hungria, Temístocles Cavalcanti, Carlos Éboli, Sylvio Terra, Amaury Kruel, entre outros.

A revista *Lei e Polícia*, através de seu Diretor Anselmo Del Cielo, denomina-se como "órgão de repressão à delinqüência e combate ao comunismo".

Destacamos o primeiro editorial da revista, autoria de Anselmo Del Cielo, que ilustra o viés autoritário-reacionário do discurso jurídico-penal que caracteriza esta revista durante todo o seu período de existência.

67. SERRA, Carlos H.A. Op. cit.

Neste primeiro editorial, em julho de 1948, n. 1 da revista, Del Cielo afirma que esta revista técnica é resultante de "prolongadas meditações em torno da carência, em nosso meio, de um órgão especializado que propugne pela fiel observância da lei e encoraje o aperfeiçoamento do complexo mecanismo policial". Acrescenta que o objetivo principal deste órgão é *"a educação das massas populares, relativamente ao respeito aos ditames das leis e regulamentos e à obrigação de todo e qualquer cidadão de ser um auxiliar devotado e permanente das autoridades policiais, quer na prevenção dos delitos, contravenções e transgressões, quer na repressão imediata e justa dos mesmos, sem as quais a nenhum meio social podem ser atribuídos foro de civilização".*[68]

Identificamos de maneira explícita o juridicismo presente no discurso como, também, o desejo, autoritário-repressivo, de controlar de forma quase absoluta as classes dominadas.

Anselmo Del Cielo, principal editorialista da revista, escreve em dezembro de 1948 o seguinte artigo: "A reação comunista".

Del Cielo reitera que o principal objetivo desta revista é o "combate decisivo e desassombrado aos extremismos de esquerda e da direita, visando a defesa das idéias democráticas". Expressa também que esperava a reação dos que "objetivam a destruição das instituições nacionais".[69]

Como a revista *Lei e Polícia* é uma revista de "combate ao comunismo e à delinqüência", definida logo no primeiro número, é óbvio que Del Cielo sublinha enfaticamente que "do comunismo nefando e deletério partiu o primeiro contra-ataque".

O editorialista frisa que "os assalariados desse tarado que se chama Luís Carlos Prestes, abjeção da nacionalidade brasileira, a soldo de Stalin e sequazes, investiram ferozes contra a nossa orientação patriótica".[70]

68. *Revista Lei e Polícia*, 1948, p. 1.
69. DEL CIELO, Anselmo. A reação comunista. *Lei e Polícia*, nov.-dez. 1948, p. 52.
70. DEL CIELO. Anselmo. Op. cit., p. 52.

Del Cielo pontua que "varridos" das casas legislativas do país, esses "nostálgicos das senzalas camuflados em defensores da democracia", em cumprimento às "determinações do chacal que abraçou", "sorrindo a Getúlio Vargas", esquecido do que "ocorrera com sua esposa Olga Benário Prestes, vêm se intrometendo nos sadios e alevantados propósitos da mocidade das escolas superiores escondendo o afã da agitação pecaminosa e do descrédito das altas autoridades da Nação".[71]

É interessante observar que Del Cielo, na sua pregação de cunho religioso, de caráter reacionário e dogmático contra o comunismo, combina a utilização de uma metáfora sexual, qualifica Prestes como "tarado", com o seu racismo expresso na definição de que os comunistas são "esses nostálgicos das senzalas" e por fim, concebe como sendo "agitação pecaminosa", a religiosidade presente, a ação dos comunistas.[72]

Queremos sublinhar também que ao qualificar Prestes como "tarado", e os comunistas como "nostálgicos das senzalas camuflados em defensores da democracia", Del Cielo explicita, ainda mais, o veio lombrosiano presente concretamente no seu pensamento jurídico-penal e na prática policial.

O medo do Outro,[73] a fantasia expressa no que o "tarado" do Luís Carlos Prestes é capaz de fazer, articula-se com o sadismo, outra peculiaridade inscrita na formação histórico-jurídica do país, ao afirmar, com prazer, que os comunistas, "nostálgicos das senzalas", foram "varridos das casas legislativas" do país. O gozo de Anselmo Del Cielo é pelo fato histórico ocorrido em 1947 quando o Partido Comunista Brasileiro foi cassado.

71. Idem, p. 52.

72. Consultar o Anexo I da tese de Doutorado, a respeito das "fantasias" presentes no pensamento do editorialista Del Cielo e que se manifestam com maestria na fotografia do primeiro número desta revista.

73. Reiteramos para a importância de se pensar o Direito enquanto "sinthomen", conforme salientam CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene no trabalho *Emoção e política*: (a) ventura e imaginação sociológica para o século XXI. Rio de Janeiro, mimeo., 1996.

Neste sentido, este veio lombrosiano, com seu caráter racista-biologista, elabora o conceito de "periculosidade do delinqüente" que teve grande aceitação por parte da doutrina e da dogmática jurídico-penal.[74]

Este conceito baseou-se na idéia de "segregação do delinqüente como prevenção e defesa social, antes mesmo que o indivíduo cometesse qualquer ato delitivo".[75] O surgimento deste conceito é considerado como a contribuição mais importante de Lombroso no campo da Política Criminal.[76]

Na linha similar deste enfoque, marcado pelo sensacionalismo em janeiro-março de 1950, a revista publica a seguinte reportagem em letras garrafais: "Rio, Cidade do Crime". A reportagem é assinada por R.Goulart.

Logo de início, enfatiza que os índices da criminalidade estão "crescendo de maneira espantosa" no Rio de Janeiro. Ressalta que "'O Globo', o vespertino das grandes campanhas, promoveu há algum tempo uma 'enquête' entre juristas, magistrados, educadores e autoridades eclesiásticas sobre as causas e conseqüências"[77] deste "aumento da criminalidade".

Há uma relação importante que se estabelece entre o jornal "O Globo" e a revista *Lei e Polícia*. Disto resulta uma forte influência política que ambos exercem neste período e posteriormente ao Golpe militar de 1964, só o jornal "O Globo".

O objetivo desta reportagem, ao denunciar o "aumento da criminalidade" no Rio de Janeiro, é "mostrar a extensão a que chega o uso e abuso de armas proibidas, esperando com isso levar as autoridades competentes a adotar as providências que o interesse da coletividade está reclamando".[78] Segundo "Lei e Polícia", "mostramos

74. Estamos trabalhando com este conceito conforme é desenvolvido por Wanda Capeller no artigo O discurso jurídico e o homem. A leitura do verso pelo reverso. *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

75. CAPELLER, Wanda. O discurso jurídico e o homem. A leitura do verso pelo reverso. *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 170.

76. CAPELLER, Wanda. Op. cit., p. 170.

77. *Lei e Polícia*, jan.-mar. 1950, p. 38.

78. *Lei e Polícia*, jan.-mar. 1950, p. 38.

a facilidade com que se pode matar no Rio de Janeiro. Os crimes surpreendem pelo número e horrorizam pelo requinte. E como é fácil andar armado no Rio".[79]

Auto-intitulando-se como *comando jornalístico-policial* esta ação tem por objetivo *desarmar alguns malandros*. Este *comando* tem como itinerário os seguintes pontos da cidade do Rio de Janeiro que são considerados pela reportagem da revista como *perigosos* e habitados pelos *malandros*. As localidades "visitadas" pelos jornalistas e policiais são: Barreira do Vasco, Morro do Salgueiro e Inhaúma.

Tal operação, de caráter antropológico, com conteúdo racista-etnocêntrico, é marcada pelo autoritarismo. Observamos que o "alvo", o uso da metáfora é proposital, do "comando jornalístico-policial" é a figura do "malandro". Há o desejo pela exclusão, segregação, e também, pelo recrudescimento da repressão. Portanto, ao "comando" a tarefa é combater o "inimigo": o "malandro-comunista".

Por fim, ainda em relação à *Lei e Polícia*, mencionamos o editorial de 1964 que é muito elucidativo no que concerne ao viés autoritário-reacionário deste discurso. Nele, Anselmo Del Cielo sublinha que há precisamente 15 anos que esta revista iniciava a sua *campanha anticomunista, soltando o seu brado de alerta contra o marxismo.*

Acrescenta que ultimamente os comunistas tornaram-se "tão salientes" que, "julgando-se donos do poder", fizeram o 13 de março e o 'pequeno soviet' da rede dos metalúrgicos e acabaram, *sem saber, no 1.º de abril, graças a Deus e às mulheres desta Nação, especialmente as mineiras, que deixando seus afazeres domésticos, vieram para as ruas levantar a fibra dos homens, pondo os traidores da pátria para correrem da capital mineira.*'

Conclui, sustentando que a Revista *Lei e Polícia* adverte, porém, que *"ganhamos apenas a primeira batalha e não devemos, em hipótese alguma, dormir nos louros, mas sim ir à frente, trabalhar, lutar e expurgar a democracia brasileira completamente,*

79. *Lei e Polícia*, jan.-mar. 1950, p. 38.

sem perseguições e ódios, mas com energia e justiça, caçando direitos políticos, processando legalmente e metendo na cadeia todos os condenados".[80]

Este último editorial de "Lei e Polícia" sintetiza o autoritarismo-reacionarismo, o anticomunismo, o juridicismo, que identificamos no pensamento jurídico-penal no Brasil durante este período. Há que se atentar também para o caráter cínico[81] do discurso, presente de maneira nítida neste editorial, que chega a afirmar que sem perseguições e ódios, mas com justiça, processando legalmente, colocará na cadeia todos os condenados.

O cinismo é desmascarado pela própria história dos acontecimentos políticos que explicita que com *muito ódio e perseguição* quase todos aqueles que manifestaram a sua indignação, protesto, contra o Golpe militar de 1964 foram arbitrariamente condenados, presos e torturados. Para o viés cínico-juridicista, dogmático-intolerante de forma alguma, "combater", "caçar", "expurgar", são considerados arbítrios, ilícitos, pelo contrário, por esta lógica, o arbítrio é legal!

Concluindo, gostaríamos de sublinhar que na nossa tentativa metodológica de trabalhar o discurso jurídico-penal como um documento histórico formulado nas revistas especializadas em idéias jurídico-penais, observamos que o discurso jurídico-penal não é uno, homogêneo, mas sim, que há discursos jurídico-penais. A consideração da existência de discursos permite-nos trabalhar com as diferenças e salientar que tais discursos de fato não corroboram o viés hegemônico, conservador, dogmático, por vezes autoritário e anticomunista que assume o discurso jurídico-penal no Brasil.

Sustentamos, então, que as revistas expressam, durante todo o período estudado, o dogmatismo, a intolerância, o tecnicismo, de forma hegemônica como constitutivos do pensamento jurídico-penal. O debate ideológico acerca dos diferentes temas realiza-se mais enquanto figura de retórica, pois, em sua quase

80. *Lei e Polícia*, 1964, p. 3.

81. Ver CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *A razão cínica*. Rio de Janeiro, mimeo., 1993.

totalidade, a reflexão jurídico-penal a respeito dos inúmeros temas, distancia-se da realidade social. Esta abstração, contudo, é ideológica. Expressa uma visão de mundo com ênfase no tecnicismo jurídico.

Bibliografia

ALTINO, Edgar. O árbitro judicial na medida da pena. *Revista Acadêmica*. Recife, 1941.

AZEVEDO, Noé. O fundo de vingança da penalogia moderna. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, 1943-1944.

CALMON, Pedro. Sentido e interpretação da Constituição de 1946. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CAMPELO, Barreto. Documentário de criminalidade. *Revista Acadêmica*. Recife, 1943.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

_____. Novo Código Penal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

_____. A Constituição de 1937 e sua vigência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CAPELLER, Wanda. O discurso jurídico e o homem. A leitura do verso pelo reverso. *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Análise social da ideologia*. São Paulo: EPU, 1988.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene. *Emoção e política*: (a) ventura e imaginação sociológica para o século XXI. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

CHAMOUN, Ebert. Necessidades dos estudos de história do direito. *Revista A Época*. Rio de Janeiro, 1949.

DANTAS, San Thiago. Novos rumos do direito. *Revista Jurídica.* Rio de Janeiro, 1944-1945.

_____. A educação e a crise jurídica brasileira. *Revista Jurídica.* Rio de Janeiro, 1955-1956.

DEL CIELO, Anselmo. A reação comunista. *Revista Lei e Polícia.* Rio de Janeiro, 1948.

ESPÍNOLA, Eduardo. A Constituição de 1946: orientações e princípios fundamentais. *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 1947.

FERREIRA, Pinto. Novos rumos da Filosofia jurídica. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.* São Paulo, 1951.

GAMEIRO, Mário. Deve ser modificada a legislação criminal brasileira? Em que ponto?. *Revista Brasileira de Criminologia.* Rio de Janeiro, 1948.

LIMA, Emerson Luiz de. O crime. *Revista A Época.* Rio de Janeiro, 1942.

MADUREIRA DE PINHO, Demósthenes. Aumento da criminalidade. *Revista Brasileira de Criminologia.* Rio de Janeiro, 1951.

_____. A guerra e o dever do jurista. *Revista Jurídica.* Rio de Janeiro, 1942-1943.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Autoritarismo y control social.* Buenos Aires: Hammurabi, 1987.

NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

PRADO, Paulo de Albuquerque. Contribuição em torno do problema de modificação do código penal. *Revista Brasileira de Criminologia.* Rio de Janeiro, 1955.

REALE, Miguel. Discurso de posse. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.* São Paulo, 1941.

SERRA, Carlos H.A. *O pensamento político de San Thiago Dantas*: uma análise crítica da conjuntura político-ideológica de 1958-1964. Rio de Janeiro: PUC (Dissertação de Mestrado), 1988.

_____. *História das idéias jurídico-penais no Brasil*: 1937-1964. Niterói: UFF (Tese de Doutorado), 1997.

SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o ato institucional. *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TÁCITO, Caio. As reformas sociais e a ordem jurídica. *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Forense, 1963.

A importância da Defensoria Pública em um Estado Democrático e Social de Direito

Gustavo Augusto Soares dos Reis
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Resumo: A Defensoria Pública é um órgão novo na história constitucional do Brasil. Sua atribuição é a de concretizar o direito de acesso à justiça, que se mostra como o mais fundamental dos direitos. A noção de acesso à justiça, porém, deve ser interpretada de forma ampla e, pois, condizente com os escopos de um Estado Democrático e Social de Direito. No Brasil, onde a desigualdade social é enorme, o fortalecimento da Defensoria Pública significa respeitar a dignidade da população carente. Ressalta-se, no artigo, que esta instituição almeja muito mais do que prestar assistência judiciária para essa população. Seu norte deve ser a transformação social.

Palavras-chave: Neoliberalismo e desigualdade social – Acesso à justiça – Conteúdo material – Defensoria Pública – Transformação social.

Abstract: The Public Ministry is a new agency in the constitutional history of Brazil. Its duty is to turn into reality the right to access to Justice, which is the most fundamental right of all. The idea of access to justice, however, must be interpreted widely and in accordance with the scope of a democratic and social Rule of Law. In Brazil, where social inequality is huge, the strengthening of the Public Ministry means respect and dignity to the needy population. This article points out the fact that this institution wishes much more than simply provide legal assistance to this population, its goal must be social changes.

Keywords: Neoliberalism and social inequality – Social access to Justice – Material content – The Public Ministry – Social changes.

Sumário: 1. Introdução – 2. Um mundo de injustiça – 3. O acesso à Justiça – 4. Defensoria Pública e assistência jurídica integral e gratuita – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

Área do direito: Direitos humanos; Penal; Constitucional; Atualidades

1. Introdução

Em texto[1] lido na abertura do II Fórum Social Mundial, José Saramago conta uma história, ocorrida no século XVI, numa aldeia dos arredores de Florença. Nela, toda a vez que alguém morria o sino da igreja punha-se a tocar. Naquele dia, porém, o sino tocou demasiado melancólico e, até onde se sabia, ninguém houvera passado dessa para melhor, fato que levou os camponeses à curiosidade e a se dirigirem até a dita igreja.

Lá chegando, um camponês abriu a porta, mas não era ele quem habitualmente se dedicava a essa atividade, o que naturalmente culminou com questionamentos por parte da população tanto sobre onde se encontrava o sineiro como sobre quem era o morto da vez. Seguiu-se a resposta: "'O sineiro não está aqui, eu é que toquei o sino', foi a resposta do camponês. 'Mas então não morreu ninguém?', tornaram os vizinhos, e o camponês respondeu: 'Ninguém que tivesse nome e figura de gente, toquei a finados pela Justiça porque a Justiça está morta'".

A explicação para essa grotesca situação é que o senhor do lugar cada vez mais se apropriava das terras dos camponeses, até que um dos lesados pôs-se a reclamar e a protestar, depois pediu compaixão e, não tendo êxito, decidiu levar

1. *A justiça, a democracia e os sinos* <www.diplo.uol.com.br>, acesso em 08.07.2007.

a sua irresignação à ciência das autoridades, que, porém, nada fizeram. Daí, sem esperança, o camponês lesado tomou a frente para protestar, declarando a morte da Justiça.

Finaliza o escritor dizendo que esta foi a primeira vez que um pequeno sino chorou a morte da Justiça. E também foi a última, "mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias".

Nesse breve, mas profundo texto, José Saramago permite-nos refletir sobre vários assuntos. Desde a descrença nas autoridades públicas até a sua imprescindibilidade; desde o inconformismo isolado que, embora eficaz a ponto de chegar ao conhecimento da população igualmente espoliada, culminou com a manutenção da injustiça.

No entanto, uma reflexão que o texto também permite e que mais nos interessa neste momento é que a pura e simples existência da Justiça – enquanto autoridade pública – não é suficiente para a plena realização da Justiça – enquanto valor.

Notemos, ademais, que o camponês lesado conseguiu acessar a Justiça, mas ela mostrou-se indiferente quanto à sua reivindicação.

O quê isso tem a ver com a Defensoria Pública? É o que pretendemos refletir neste texto que, mais que falar sobre a Defensoria Pública, visa falar sobre o seu significado.

2. Um mundo de injustiça

De há muito a igualdade é entendida sob uma ótica material, no sentido de não descurar das contradições reais existentes no seio da sociedade.

Dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento indicam que "A fortuna, em dólares, dos 358 indivíduos multimilionários mundiais é superior à renda anual acumulada pelos 45% dos habitantes mais pobres do planeta" (*Relatório PNUD*, 1996, 2).

Carlos Walter Porto-Gonçalves, por sua vez, denuncia que "Segundo a ONU, para satisfazer as necessidades básicas do conjunto da população do planeta, bastaria somente 4% das 225 maiores fortunas do planeta. E, para satisfazer as necessidades sanitárias, bastariam 13 bilhões, isto é, 13% do que, nos EUA e na Europa, se gasta anualmente com perfume!."[2]

E o que dizer do chamado genocídio silencioso? Genocídio silencioso? Como um genocídio pode ser silencioso? Jean Ziegler explica essa curiosidade: "Trinta e seis milhões de seres humanos morreram de fome ou de suas seqüelas imediatas (avitaminose, síndrome de desnutrição infantil etc.) no ano 2000. No entanto, no atual estágio das forças produtivas agrícolas, o planeta poderia alimentar sem problemas doze bilhões de seres humanos. Ora, somos a metade desse número... Alimentar sem problemas significa dar a cada pessoa diariamente uma nutrição equivalente a 2.700 calorias". E conclui, citando Josué de Castro: "Quem tem dinheiro, come. Quem não tem, morre de fome ou se torna *inválido*". "Para cada vítima da fome, há um assassino". No fundo, como lembrava o saudoso Milton Santos, trata-se de uma decisão: decidimos que uns devem comer, e os outros, não.[3]

No mundo atual, onde a técnica e a ciência seriam capazes de satisfazer quase todas as necessidades das pessoas, a globalização neoliberal apresenta-se como uma modalidade sofisticada de totalitarismo,[4] a ponto de Viviane Forrester lembrar da existência de uma escravidão moderna, com o diferencial que, ao

2. *O desafio ambiental.* Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 81. Imperioso notar o caráter circular entre a pobreza, a fome e o desenvolvimento. Sobre isso, Laura Tavares Soares, em seu *O desastre social* (Rio de Janeiro: Record 2003, p. 70), adverte que segundo a FAO/ONU, "a fome é colocada tanto como causa quanto como efeito da pobreza, impedindo as oportunidades de desenvolvimento".

3. Esta reflexão pode ser vista no inexcedível documentário de autoria do cineasta Silvio Tendler, cujo título é *Encontro com Milton Santos* – ou o mundo global visto do lado de cá.

4. Por isso Milton Santos, com a perspicácia que lhe era peculiar, valia-se da expressão *globalitarismo.* Vide: *Por uma outra globalização* – do pensamento único à consciência universal. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

contrário do desempregado, o escravo tradicional possuía alguma utilidade: "É dessa maneira que se prepara uma sociedade de escravos, aos quais só a escravidão conferiria um estatuto. Mas para que se entulhar de escravos, se o trabalho deles é supérfluo? Então, como um eco àquela pergunta que 'emergia' mais acima, surge outra que se ouve com temor: será 'útil' viver quando não se é lucrativo ao lucro?" "(...) para além da exploração dos homens, havia algo pior: a ausência de qualquer exploração – como deixar de dizer que, não sendo sequer exploráveis, nem sequer necessárias à exploração, ela própria inútil, as multidões podem tremer, e cada um dentro da multidão?".[5]

É isso: cada vez mais as pessoas têm menos direitos[6] e, quando os têm, cada vez menos conseguem efetivá-los.

No mundo atual, sobretudo nas áreas urbanas – as pseudo-desenvolvidas[7] –, facilmente encontra-se hotéis para cachorros, hospitais para cachorros, salões de beleza para cachorros. Nada contra isso. Os animais são imprescindíveis

5. *O horror econômico*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997, p. 15-16.

6. Por isso gradativamente se propugna por uma flexibilização dos direitos trabalhistas. Deve-se atentar que a palavra 'flexibilização' não é nem um pouco neutra e menos ainda inócua. A ideologia neoliberal a usa em vez de utilizar o seu sinônimo: redução. Sim, flexibilização dos direitos trabalhistas é sinônimo de redução de direitos trabalhistas, que levaram anos para serem conquistados. A palavra 'flexibilização', porém, manipula melhor, posto que as pessoas, que estão cada vez mais emburrecidas pelos meios de comunicação e pela sociedade de consumo, tendem a vê-la com bons olhos.

7. O desafio ambiental, de que fala Carlos Walter Porto-Gonçalves, começa pela própria reflexão sobre essa palavrinha mágica que ao mesmo tempo que significa tanto para todos, que a almejam, não possui significado qualquer: "Desenvolvimento *é o nome-síntese da idéia de* dominação da natureza. *Afinal, ser desenvolvido é ser urbano, é ser industrializado, enfim, ser tudo aquilo que nos afaste da natureza e que nos coloque diante de constructos humanos, como a cidade, como a indústria*". *O desafio ambiental*, op. cit., p. 24. Esse lúcido olhar advém também do pensamento de Josué de Castro – autor do famoso livro *Geopolítica da fome* –, em biografia intitulada *Josué de Castro* – por um mundo sem fome, organizada por Francisco Reginaldo de Sá Menezes (São Paulo: Mercado Cultural, 2004, p. 27): "Insisto na necessidade de esclarecer bem esta natureza do subdesenvolvimento. Não se trata de uma simples ausência ou insuficiência de desenvolvimento. Não: é um produto negativo do próprio desenvolvimento. O desenvolvimento traz consigo, de um lado, suas riquezas, suas novas fabricações e, de outro, seus dejetos. O Terceiro Mundo está no lado dos dejetos".

para o bem-estar social. O problema é que em momento algum os documentos de direitos humanos falam em dignidade *canina*, mas apenas em dignidade *humana* e, a despeito disso, muitos cães vivem mais dignamente do que muitos *sobreviventes* humanos.

Cada vez mais as pessoas competem entre si;[8] cada vez mais as pessoas têm menos tempo para o lazer; cada vez mais as pessoas têm menos perspectiva de ascensão social, porque quanto menos alienadas são, mais se desiludem. As reações são diversas: umas prosseguem na luta (até onde der. Ouve-se, em tom sarcástico, aqui no Brasil, a famosa "piada": 'eu sou brasileiro e não desisto nunca'). Outras se matam: na França, como noticiam os jornais, cada vez mais sobe o número de suicídios entre até mesmo executivos de empresas, e uma das fortes explicações para isso é que o medo de perder o emprego os faz partir para esse atitude irracional. Os sindicatos franceses, irresignados, têm lutado para que essas fatalidades sejam concebidas como acidentes de trabalho (ou de falta de trabalho?!).

Alguns, *menos solidários*, partem para a criminalidade. Nessas horas é que o Estado aparece, mas apenas com a máscara do carrasco que quer punir: "Em muitos países do mundo, a justiça social foi reduzida à justiça penal", adverte Eduardo Galeano,[9] denunciando que "A justiça tapa os olhos para não ver de onde vem o que delinqüiu, nem por que delinqüiu, o que seria o primeiro passo de sua possível reabilitação".[10] No mesmo sentido fala o sociólogo Loïc Wacquant: "A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um 'mais estado' policial e penitenciário o 'menos Estado' econômico e social que é a própria causa

8. E tal competição por vezes leva a extremos. No ano de 2006, no Brasil, houve um caso retratado pela mídia – é certo que apenas com o enfoque de punição da conduta, pois isso dá audiência – em que uma estagiária de uma empresa assassinou a sua companheira de trabalho. Motivo, segundo os noticiários: a autora do crime almejava, com isso, ficar com o emprego de sua "colega" de trabalho...

9. *De pernas pro ar* – a escola do mundo ao avesso. 8. ed. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 31.

10. Idem, p. 113.

da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo".[11]

Como se vê, o mundo está um caos, seja pelo descaso para com o meio ambiente, que aos poucos nos alerta que o revide está próximo, ou seja porque a desigualdade social corre solta.

Num mundo assim, cada vez mais o Estado se faz necessário. A ele é que cabe procurar solucionar tais impasses, uma vez que a lógica da esfera privada é a do lucro.[12-13]

Portanto, as reflexões acima devem fazer-nos cada vez mais refletir sobre noções como cidadania, função social da propriedade, meio ambiente equilibrado e bem-estar social, e, paralelamente a isso, sobre o papel do Estado principalmente em países do terceiro mundo.

É nesse contexto que se deve pensar a razão de ser de uma Defensoria Pública. Obviamente esta instituição de maneira alguma almeja salvar o mundo, pois isso depende sobretudo de políticas públicas. Mas, ao que parece, numa época em que as Declarações de Direitos Humanos contemplam todas as pessoas, independentemente da classe a que pertençam, faz-se necessário repensar o significado do direito de acesso à justiça, que não pode esgotar-se numa concepção meramente formal.

11. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001, p. 7.

12. Engraçadíssimo, além de inteligente, é o filme *Idiocracy*, que faz uma crítica à sociedade imaginária do ano de 2505, a qual se encontraria excessivamente burra devido à ideologia do consumo e à manipulação pelos meios de comunicação de massa. Quanto à fome pelo lucro desmesurado, em vários momentos mostra-se alguém idiotizado que manifesta a célebre frase: "eu gosto de dinheiro". O contexto em que a frase é dita leva o telespectador mais atento a enxergar verdadeira crítica à prática do lucro excessivo. Vale a pena assistir!

13. "O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Daí por que toda espécie de colaboração entre empresários é naturalmente tida por suspeita; assim como suspeita e nociva à boa economia sempre pareceu, desde as origens, aos olhos dos empresários, a sindicalização dos trabalhadores e a organização reivindicativa dos despossuídos". Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 537.

3. O acesso à Justiça

O acesso à justiça há muito deixou de abranger apenas o seu significado formal. Nele, o Estado apenas e tão-só garantiria que qualquer pessoa pudesse buscar a tutela jurisdicional do Estado-juiz quando estivesse diante de um conflito de interesses.

Nessa visão, o princípio da isonomia serviria apenas como norma impediente de negar o acesso ao Judiciário, órgão a quem cabe solucionar os conflitos sociais.

É em razão disso que o inciso XXXV do art. 5.º da CF/88 veicula que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Esta norma constitucional, comumente denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, além de acarretar para o Estado o dever de exercer esse poder político, confere às pessoas o correlato direito público subjetivo de invocar o Estado-juiz para a resolução de seus conflitos. E note-se, ademais, que tal dever é garantido pelo princípio do *non liquet*, que impede o Estado de deixar de decidir.

Essa visão de acesso à justiça, porém, é sobremodo reducionista, e daí falar-se, hoje, numa concepção material.

No livro *Acesso à justiça*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth estudaram comparativamente essa expressão de difícil definição, mas que, em seus dizeres, serve para designar ao menos duas finalidades: (i) que o sistema de acesso à justiça deve ser igualmente acessível a todos, e (ii) que os resultados desse acesso devem ser efetivos.

A relevância desse direito é bem explicada pelos estudiosos citados: "(...) o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como

o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".[14]

Esta distinção entre possuir um direito e ter condições de exercê-lo é, hoje, talvez a essência do direito de acesso à justiça, e, mais uma vez nas lições de Fábio Konder Comparato, sobretudo porque "nunca como hoje, percebeu-se, tão nitidamente, o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural".[15]

Realmente, a faceta social de todo e qualquer Estado Democrático de Direito exige que as atenções se voltem para a realidade subjacente ao dever-ser do direito positivo, e isso em dois planos: o primeiro, que o direito positivo, embora não deva descurar das possibilidades materiais de sua realização, não pode eximir-se de sua função direcionadora de condutas (daí falar Konrad Hesse numa força normativa da Constituição). O segundo, que esse mister só é possível se levar em consideração as diferenças sociais existentes.

Acerca dessa disparidade entre ser e dever-ser, no Brasil o problema se agrava. Como alerta Eduardo Galeano, "Não há no mundo atual país tão desigual como o Brasil e alguns analistas já estão falando na brasilização do planeta para traçar um retrato do mundo que está chegando. E ao dizer brasilização eles não se referem, por certo, à difusão internacional do futebol alegre, do carnaval espetacular e da música que desperta os mortos, maravilhas através das quais o Brasil resplandece a grande altura, mas à imposição, em escala universal, de um modelo de sociedade fundamentado na injustiça social e na discriminação racial. Nesse modelo, o crescimento da economia multiplica a pobreza e a marginalidade. Belíndia é o outro nome do Brasil: assim o economista Edmar Bacha batizou este país, onde uma minoria consome como os ricos da Bélgica, enquanto a maioria vive como os pobres da Índia".[16]

14. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 11-12.

15. Op. cit., p. 542.

16. Op. cit., p. 30.

Recentemente, Márcio Pochmann noticiou que, no Brasil, "os 10% mais ricos da população impõem, historicamente, a ditadura da concentração, pois chegam a responder por quase 75% de toda riqueza nacional. Enquanto os 90% mais pobres ficam com apenas 25%".[17]

Por isso é que de há muito o direito de acesso à justiça vem sendo revisitado, atualizando-se com o que Cappelletti e Garth denominam de 'as três ondas de acesso à justiça', a saber: a assistência judiciária, a representação judicial dos interesses difusos e o enfoque de acesso à justiça (que refere-se à necessidade de criação de mecanismos de efetividade do processo).

Obviamente, num artigo sobre Defensoria Pública é a chamada primeira onda a que mais interessa para a reflexão, mas não haveremos de deixar de analisar, ainda que brevemente, sobre o elo entre esta novel instituição e a tutela dos direitos coletivos.

4. Defensoria Pública e assistência jurídica integral e gratuita

Antes de tudo, impende esclarecer que à Defensoria Pública, consoante a Constituição Federal de 1988, cabe a assistência *jurídica integral e gratuita* às pessoas necessitadas (art. 5.º, LXXIV, c/c art. 134).

Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira mencionou assistência jurídica em vez de assistência judiciária – esta, prevista desde a Constituição de 1934 até à de 1988 (com uma breve interrupção no bojo da Constituição de 1937).[18] Ademais, tais expressões também não se confundem com benefício de justiça gratuita.

17. O país dos desiguais. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 1, n. 3, out. 2007, p. 16.

18. Nada obstante essa omissão da Constituição de 1937, o Código de Processo Civil de 1939 previa o direito à assistência judiciária em seu art. 68, como noticia Hélio Márcio Campo. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 8.

Pontes de Miranda já alertava que "assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo".[19]

Como se vê, a assistência judiciária engloba o benefício da justiça gratuita. Já a assistência jurídica integral e gratuita, pode-se dizer, abarca os demais institutos, sobretudo sob uma ótica qualitativa.

Advirta-se que "*é o próprio conceito de 'assistencialismo' que é indigno*", mas, a despeito disso, a assistência deve ser vista não como uma ajuda, mas como um direito.[20]

Ora, já se disse acima que à Defensoria Pública não incumbe, sozinha, salvar o mundo de todas as injustiças. No entanto, à medida que a Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III), tal escopo mostrar-se-ia mera retórica se não se previsse sequer um órgão estatal (e com autonomias) que instrumentalizasse o direito de acesso à justiça – único capaz de garantir a cidadania que, para Hanna Arendt, é o direito a ter direitos.

Poder-se-ia questionar se o direito de acesso à justiça pressupõe a existência de um órgão estatal que se dedique a tal ofício.

No direito comparado se encontram vários sistemas de garantia de acesso à justiça, dentre os quais aqueles em que a assistência *judiciária* com-

19. Apud Celso Ribeiro Bastos. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 424.

20. Viviane Forrester. *Uma estranha ditadura*. Tradução de Vladimir Safatle. São Paulo: Unesp, 2001, p. 50.

petia a advogados privados que se remuneravam dos cofres públicos. Mesmo aqui a pessoa desprovida de recursos detém direito público subjetivo à referida assistência (judiciária).

Ocorre que, como dito acima, à Defensoria Pública – função essencial à Justiça que é – cabe a prestação de uma assistência jurídica integral e gratuita, algo que do ponto de vista da qualidade da prestação do serviço melhor propicia o êxito de transformação social.

Transformação social. Esse é o escopo de uma Defensoria Pública e é em razão dele que a expressão assistência jurídica integral e gratuita melhor se coaduna com os objetivos da República.

Em modelos de assistência judiciária prestada por advogados privados – obviamente que se insiram num sistema de mercado, como hodiernamente – o acesso à justiça *limita-se* a garantir às pessoas necessitadas os meios para que invoquem a tutela do Estado-juiz. Aqui, o acesso à justiça, para ser garantido, *prescinde* da organização de um aparato estatal a quem caiba a prestação do serviço (bastam os recursos públicos destinados à remuneração dos advogados).

Ocorre que – sobretudo em países terceiro-mundistas, em que o índice de analfabetismo e a carência de informações são altíssimos – o sistema de assistência judiciária prestada por advogados privados pressupõe que as pessoas conheçam seus direitos e, diante de eventuais violações, procurem-no.

Quem atua com alguma proximidade com as pessoas desfavorecidas se surpreende a cada dia com o (ditatorial) grau de alijamento intelectual a que são submetidas. Daí a grande, mas não surpreendente, audiência de programas inconstitucionais (art. 221 da CF/88) como *Big Brother Brasil* e outros ainda piores, como aqueles que lhe fazem comentários!

Assim, exigir que as pessoas carentes conheçam seus direitos para fazê-los valer é, em países como o Brasil, uma verdadeira negação ao acesso à justiça. Alerte-se que tais afirmações se agravam quando se passa a levar em consideração os chamados novos direitos, como do consumidor e ambiental.

Portanto, a Defensoria Pública de modo algum visa garantir apenas o direito de acesso à assistência judiciária. Almeja ainda contribuir, na medida do possível, para a emancipação social, inclusive por meio de atuação extrajudicial.

É imperioso dizer que essa atuação extrajudicial, pode-se dizer, abrange tanto a promoção da mediação de conflitos – atividade ligada à chamada terceira onda de acesso à justiça –, que auxilia sobremaneira para o desafogamento do Poder Judiciário, como a orientação jurídica e a educação em direitos.

Note-se que essas três atividades extrajudiciais se imbricam com a noção de cidadania, pois que atuam como uma função pedagógica: auxiliam as pessoas a cada vez mais aprenderem a resolver eventuais conflitos de forma pacífica, o que só pode ser alcançado com a plena consciência de seus direitos, e que viver em sociedade significa respeitar o outro.

No Brasil, vive-se um momento peculiar em relação ao acesso à justiça.

Além de a Constituição Federal de 1988, de forma pioneira, ter conferido a uma instituição a incumbência de garantir o acesso à justiça, cada vez mais a Defensoria Pública se torna conhecida da população, o que eleva e muito a demanda.

Ademais, tem-se conferido mais garantias a esta instituição, que gradativamente (gradativamente mesmo) é contemplada pelos governantes com autonomias que possibilitam o fortalecimento da carreira. Ora, se os objetivos da República mostrar-se-iam como uma retórica se não se tivesse previsto o órgão de prestação do serviço, a criação de tal órgão sem as autonomias necessárias seria uma verdadeira hipocrisia.

E é nesse contexto de fortalecimento dos órgãos estatais que passaremos a falar sobre a importância da tutela coletiva para os escopos de transformação social.

Embora preste assistência jurídica, a função da Defensoria Pública não pode nunca limitar-se a ser mero assistencialismo, pois isso acarreta a

manutenção do *status quo*. A Defensoria Pública vem à balha para contribuir para a transformação social, juntamente com outras instituições, como o Ministério Público.

Imaginar-se uma atuação meramente individual (que também é relevante) em pleno século XXI, caracterizado por ser uma sociedade de massa e global, é almejar uma Defensoria Pública que no máximo possui a função de evitar mais desgraças. Evitar desgraças, porém, é noção que não se confunde com transformação social.

Esta transformação social só pode ser obtida por meio de ações coletivas. Evidentemente ações coletivas não apenas no sentido de processos especiais junto ao Judiciário, mas por meio de outros canais, como a abertura para a participação da sociedade civil organizada e a fiscalização de políticas públicas.[21]

Noutro diapasão, a educação em direitos consubstancia uma das principais metas de uma autêntica Defensoria Pública.[22] E isso porque, como já mencionado, a cidadania é, antes de tudo, o direito a ter direitos, e certamente ela só se torna possível com a conscientização das pessoas acerca de seus direitos, inclusive os novos direitos (consumidor, ambiente etc.).

Interessante observar que à primeira vista a educação em direitos ligar-se-ia ao ideal de resolução pacífica dos conflitos, ou seja, retirando-os da órbita do Poder

21. Fiscalização de políticas públicas num sentido lato, pois cabe ao Ministério Público, por exemplo, a propositura de ações de improbidade administrativa. Isso não impede, porém, que a Defensoria Pública aja como órgão que acompanha processos legislativos de certos segmentos sociais, como os catadores de papel, intermediando junto a governos e demais entidades o ponto de vista destes setores. Ao que tudo indica, tal atividade prescinde de previsão legal, pois foi a própria Constituição Federal que atribuiu à Defensoria Pública a atividade de prestar assistência jurídica e integral aos necessitados, ou seja, o constituinte, com tal expressão, quis apenas destacar que a atuação não se limita a ser judiciária, mas propositalmente omitiu-se quanto à delimitação do âmbito de atuação deste órgão estatal.

22. Registre-se que, diferentemente da LC 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para as defensorias estaduais, a Defensoria Pública de São Paulo – cujo nascedouro se deu apenas em 2006 e influenciado sobremaneira pela atuação de diversas entidades da sociedade civil organizada – prevê, explicitamente, em sua lei de regência (LC 988/2006), a educação em direitos como algumas de suas atribuições institucionais (art. 5.º, I e II).

Judiciário, o que só pode ser praticado se os protagonistas da discussão entenderem os direitos que têm, bem como o significado social de suas limitações.[23]

Note-se que, para alcançar-se tal escopo, basta a criação de canais de comunicação destinados a informar à população necessitada sobre a existência de direitos que possuem e dos respectivos meios de sua efetivação (como ações judiciais, pleitos administrativos e mediação de conflitos).

Nada obstante isso, a chamada educação em direitos deve merecer uma interpretação ampliativa, sobretudo porque, destinada à otimização da cidadania, isto mais se coaduna com a regra hermenêutica dos direitos humanos de que deve-se conferir a máxima efetividade aos direitos, inclusive mediante uma interpretação evolutiva, concebendo-se os textos legais como instrumentos vivos, adequando-os à realidade da época de sua aplicação.[24] Em suma, a expressão educação em direitos deve ser polemizada, não podendo limitar-se a ser uma mera (embora imprescindível) informação sobre direitos.

Assim, a educação em direitos deve abranger, além da informação de direitos, a informação de deveres[25] e a conscientização das pessoas no que toca às

23. "Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e nos tira a liberdade", como já poetizou Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 1989, p. 25.

24. Sobre os princípios hermenêuticos de direitos humanos, imprescindível é a leitura do livro *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, de André de Carvalho Ramos (Rio de Janeiro: Renovar, 2005 – acerca do princípio da interpretação evolutiva, vide p. 105).

25. Parece-nos inconcebível que ainda hoje, em que o meio ambiente equilibrado foi constitucionalizado e que cada vez mais está difundida a idéia de aquecimento global devido sobretudo à ação do homem, as pessoas *naturalmente* lavem as calçadas de suas casas usando a mangueira, como se a água ainda fosse considerada um bem abundante (e, pois, não-econômico). Ademais, é incrível que, diante de insuportáveis congestionamentos nas cidades, as pessoas em momento algum questionem o uso desmesurado de veículos individuais. É certo, porém, que a culpa para isso não pode ser atribuída apenas às pessoas, mas sobretudo à política neoliberal que cada vez mais esfacela a educação e que descura (ou talvez zele até demais...) da função transformadora da mídia, principalmente a televisiva. Veja-se o inacreditável esclarecimento de Carlos Walter Porto-Gonçalves: "O automóvel, símbolo maior do individualismo e da potência de cada um que essa ideologia burguesa instiga, não se impôs a cada um de nós como um desdobramento natural fruto de suas virtudes superiores aos transportes coletivos. Pelo menos, é o que nos assegura uma fonte tão fidedigna como pode ser a Comissão Antitruste do Senado dos EUA, que nos diz que,

relações de poder vigentes – ponto em que falham, e muito, os meios de comunicação social.

Quanto à educação em deveres, ela não deve visar apenas e tão-só a informação sobre, digamos, deveres imediatos das pessoas – como que têm que pagar tributos ou alimentos, não podem jogar lixo na rua e não devem se valer da autotutela para a solução de seus conflitos. Mais que isso, a educação em deveres deve almejar convencer as pessoas sobre a importância dos deveres para a manutenção dos ideais democráticos. Por exemplo, que o princípio da presunção de inocência ou o direito à progressão de regime prisional estão muito longe de ligar os direitos humanos aos direitos de bandidos, como se aqueles se esgotassem nestes. Isso é o mínimo.

O máximo talvez seja a contribuição que a Defensoria Pública pode dar para a conscientização do maior número de pessoas possível.

Evidentemente que esse ideal hermenêutico-ampliativo pressupõe uma Defensoria Pública fortalecida e com o seu material humano consciente de sua função social.

Quanto aos defensores públicos (material humano), eles não podem atuar eficazmente[26] se não foram educados a ponto de buscar entender os porquês da desordem social.

Realmente, José Eduardo Faria,[27] ao tratar da formação técnico-profissional dos operadores do direito, diz que esta passaria já há algum tempo por uma

entre 1932 e 1956, a General Motors esteve implicada na destruição do sistema de bondes em, pelo menos, 45 cidades daquele país". E, ressaltando tratar-se o automóvel um bem oligárquico – pois que contrariamente ao discurso da publicidade, não pode concretamente ser usufruído por todos –, conclui: "(...) com cerca de 20 a 25% da população tendo automóveis, todos sofrem os efeitos do congestionamento...". *A globalização da natureza e a natureza da globalização.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 198-199.

26. Insista-se que essa eficácia deve ser entendida à luz do ideal de transformação social tal como esboçado até agora, ou seja, uma atividade voltada para a consolidação da cidadania.

27. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1. ed. 4. tir., (Org.). José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 20.

'crise de identidade epistemológica', onde existiriam duas concepções distintas: a primeira, que vê o direito (enquanto ciência) como instrumento de controle, e, pois, de manutenção do *status quo*; a segunda, que o enxerga como um meio de transformação social.

Obviamente que a Defensoria Pública, por atuar na defesa da população explorada, deve direcionar-se à segunda concepção do direito, pois, como reflete o pensador citado no parágrafo anterior, "Ao forjar uma mentalidade legalista em flagrante contradição com a realidade sócio-econômica, os cursos jurídicos condenam os estudantes de hoje – portanto, os juízes, promotores e advogados de amanhã – a uma (in)formação burocrática, incapaz de perceber as razões dos conflitos sociais".[28]

Ao que tudo indica, essa finalidade só pode ser alcançada se não se limitar aos meios tradicionais de formação profissional, isto é, em salas de aula ou em congressos científicos.

Ora, como já destacado anteriormente, à Defensoria Pública não cabe a mera realização da assistência *judiciária*, mas a assistência *jurídica, integral e gratuita*, posto que isso é o que mais se compagina com a noção de cidadania e, pois, de transformação social.

Note-se, então, que, para tanto, a Defensoria Pública não pode ser um órgão passivo, no sentido de aguardar que as pessoas batam às suas portas expondo seus problemas. Deve ela, assim, atuar ativamente, até porque, já se disse, a atuação passiva assemelha-se à inércia, uma vez que as pessoas desconhecem seus direitos.[29]

Ora, cabe ao defensor público apresentar-se à população que, muita vez, nem sequer dinheiro para pegar um ônibus possui. E, além disso, esse contato é

28. Ob. cit., p. 27.

29. Como certa feita me alertou a amiga e eterna professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente, a desigualdade social por certo afeta em demasia a população carente. No entanto, quando se trata de desigualdade de informações, a população afetada aumenta sobremaneira, pois tanto a população pobre como as demais – média e até a rica – sofrem com a carência de informação de qualidade. Insista-se que não é de surpreender como a programação da TV aberta chega a ser tão inconstitucional...

imprescindível tanto para que essa gente veja o Estado Social indo até ela (sobretudo em tempos em que apenas o Estado-penal lhe visita) como para que o profissional entenda essa outra realidade. Uma frase de Paulo Freire resume isto: "Ninguém sabe de tudo, ninguém desconhece tudo, e é por isso que aprendemos sempre".

Paulo Galliez, defensor público carioca, chega à mesma conclusão quando relata a sua experiência na forte Defensoria Pública do Rio de Janeiro: "(...) é indispensável o comparecimento do defensor público nas comunidades, não só para transmitir confiança no trabalho a ser desenvolvido, como também para sentir de perto as dificuldades por que passam...".[30]

Por fim, a que se nos afigura a terceira função da educação em direitos: auxílio da população para que se conscientize minimamente sobre as relações de poder que lhe afeta.

Mais uma vez Paulo Galliez, que cita um estudioso brasileiro (Álvaro Vieira Pinto), lembra que "o que era instintivo clamor de revolta transforma-se em iluminante compreensão. Antes sofria, agora sabe por que sofre".[31] As palavras de Paulo Freire também se mostram indispensáveis: "A primeira condição para que um ser possa assumir um ato comprometido está em ser capaz de agir e refletir", pois "o ser alienado não procura um mundo autêntico. Isto provoca uma nostalgia: deseja outro país e lamenta ter nascido no seu. Tem vergonha da sua realidade. Vive em outro país e trata de imitá-lo e se crê culto quanto menos nativo é. Diante de um estrangeiro tratará de esconder as populações marginais e mostrará bairros residenciais, porque pensa que as cidades mais cultas são as que têm edifícios mais altos".[32]

Aqui, o campo de atuação da Defensoria Pública é amplo e, por isso, pressupõe condições materiais condizentes com a (audaciosa) finalidade.

30. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 50.

31. Ob. cit., p. 49.

32. *Educação e mudança*. 30. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 16 e 35, respectivamente.

Conquanto as condições materiais sejam uma necessidade, não se pode falar em cidadania diante da alienação que vem por todos os lados. E também não se desconhece que o combate à alienação pressupõe políticas públicas de várias searas, sobretudo a da educação, mas, sendo a Defensoria Pública um órgão estatal destinado a defender a população carente, sua atuação, aqui, é um dever-poder.

A atuação pode dar-se por meio de carta aberta em jornais de grande circulação, palestras, materiais de divulgação (como informativos ou seu sítio pela internet) etc.

É por isso que a Escola de Defensores Públicos assume um papel fundamental nessa empreitada, pois as melhores condições materiais para essa atividade seriam inócuas se nem mesmo os defensores públicos fossem constantemente levados à reflexão sobre o mundo atual.

Portanto, cabe à Defensoria Pública auxiliar, na medida de suas possibilidades, para que as pessoas necessitadas tenham a consciência de que a sua situação degradante não decorre de sua falta de vontade ou de alguma explicação metafísica, mas que o mundo moderno lhes impõe essa condição. Nesse sentido, deve-se procurar – por meio de simples cartilhas, por exemplo – refletir com as pessoas que certos dogmas não passam disso: dogmas, tal como a idéia de crescimento;[33] de que o investimento, pelas empresas, em automação sempre ocorre para que se criem mais postos de trabalho[34] ou que a simples aquisição de um cartão que induz

33. "O crescimento é um fracasso para mais de um quarto da população mundial", lembram François Houtart e François Polet, em seu livro *O outro Davos* – mundialização de resistências e de lutas. São Paulo: Cortez, 2002, p. 12, baseando-se no Relatório do PNUD de 1996.

34. "Não é o desaparecimento do emprego que é o mais funesto, mas a exploração cínica de tal desaparecimento. Tal exploração começa contestando-o, afirmando que o desemprego atual seria excepcional, temporário, insólito, o que permitiria a preservação do mito do emprego... É uma estratégia feita para prometer seu retorno iminente, atenuando a exclusão dos que dele são desprovidos, encorajar o sentimento de vergonha que acompanha essa exclusão...". Viviane Forrester. *Uma estranha ditadura*. Tradução de Vladimir Safatle. São Paulo: Unesp, 2001, p. 47.

a empresa a plantar árvores não possibilita, por si só, a neutralização da emissão de carbono quando se abastece o carro.[35]

5. Conclusão

Diante de um quadro de desigualdade social estarrecedor, a idéia de Estado Democrático e Social de Direito não prescinde de um forte aparato estatal. Nesse sentido, ganha relevância o papel republicano da Defensoria Pública, posto que a ela cabe garantir o efetivo acesso à justiça para a populosa população (o pleonasmo é proposital) que não possui condições para fazer valer os seus direitos.

Insista-se que em países como o Brasil a atuação da Defensoria Pública deve ser o mais ativa possível, tendo em vista o espantoso número de pessoas que nem sequer sabem que possuem direitos. Ou seja, a assistência deve ser jurídica, e não meramente judiciária, além de ser integral e gratuita, expressão que possibilita várias interpretações, e que se ampliará proporcionalmente ao fortalecimento deste órgão constitucional.

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à justiça.* Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

35. Tal como fez a rede de postos Ipiranga com o lançamento de seu "cartão carbono zero". A propaganda foi divulgada sobretudo na televisão, mas pode ser vista em <www.redeipiranga.com.br/WAcartaoCarbonoZero.do>, acesso em 30.12.2007. Para não acusá-la de ditatorial, essa propaganda no mínimo desafia a inteligência do povo brasileiro.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. (Org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Atlas, 1989.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico.* Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1997.

_____. *Uma estranha ditadura.* Tradução de Vladimir Safatle. São Paulo: Unesp, 2001.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança.* 30. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar* – a escola do mundo ao avesso. 8. ed. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM editora, 1999.

GALLIEZ, PAULO. *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOUTART, François e François Polet. *O outro Davos* – mundialização de resistências e de lutas. São Paulo: Cortez, 2002.

MENEZES, Francisco Reginaldo de Sá. *Josué de Castro* – por um mundo sem fome. São Paulo: Mercado Cultural, 2004.

PORCHMANN, Márcio. O país dos desiguais. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 1, n. 3, out. 2007.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *O desafio ambiental.* Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. *A globalização da natureza e a natureza da globalização.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização* – do pensamento único à consciência universal. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SARAMAGO, José. *A justiça, a democracia e os sinos* <www.diplo.uol.com.br>, acesso em 08.07.2007.

SOARES, Laura Tavares. *O desastre social.* Rio de Janeiro: Record, 2003.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001.

Tortura, história e sociedade: algumas reflexões

Marcos César Alvarez
Graduado em Ciências Sociais pela USP.
Mestre e Doutor em Sociologia pela USP.
Professor no Departamento de Sociologia da FFLCH-USP.
Professor e orientador no programa de pós-graduação em Sociologia da FFLCH-USP e pesquisador no Núcleo de Estudos da Violência da USP. Lecionou na UNESP/Campus de Marília e na UEL, tendo trabalhado igualmente como assistente de pesquisa no CEBRAP.
Atual coordenador de graduação, pelo Departamento de Sociologia, do Curso de Ciências Sociais da FFLCH-USP.

Resumo: O artigo discute a tortura a partir de uma perspectiva histórica e sociológica. Embora a tortura seja moralmente condenada e amplamente combatida, ela continua a ocorrer em todas as partes do mundo, tanto em regimes democráticos quanto em regimes autoritários. Alguns autores afirmam que é mais comum o emprego da tortura contra aqueles que não são considerados como membros integrais de uma determinada sociedade. Na história do Brasil, a tortura tem sido empregada sistematicamente, sobretudo contra escravos, índios, operários, pobres da cidade ou do campo e presos comuns.

Palavras-chave: Tortura – Sociologia – História.

Abstract: The article discusses the torture from a historical and sociological perspective. Despite its moral condemnation and formal abolition, the torture continues to occur all over the world, in democratic and authoritarian regimes. Some authors claim that torture is most commonly used against those that are not full members of a particular society. In the Brazilian history, torture has been systematically used against slaves, natives, workers, poor people of the city or country and prisoners.

Keywords: Torture – Sociology – History.

Sumário: 1. Introdução – 2. A tortura no mundo contemporâneo – 3. A tortura a partir de uma abordagem histórica e sociológica – 4. A tortura no Brasil – 5. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal; Direito humanos; Sociologia jurídica

Suponho que, como carrasco itinerante, esteja acostumado a ser evitado. (Ou será que é só nas províncias que carrascos e torturados ainda são considerados sujos?) Olhando para ele, imagino como se sentiu na primeiríssima vez: será que, convidado como aprendiz a torcer a torquês ou girar o parafuso ou seja lá o que for que eles fazem, estremeceu ao menos um pouco ao saber que naquele instante estava ultrapassando o limite do proibido? Vejo-me imaginando também se ele tem algum ritual particular de purificação, realizado a portas fechadas, para habilitá-lo a voltar a comungar com outros homens. Será que lava as mãos com muito cuidado, talvez, ou troca toda a roupa; ou será que a Divisão criou novos homens, que conseguem passar sem inquietação do sujo para o limpo?
(J.M. Coetzee, *À espera dos bárbaros*).

1. Introdução

Gostaria de iniciar minha exposição agradecendo aos organizadores o convite feito para participar desta mesa no 13.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.[1]

Sem dúvida, trata-se de evento de extrema relevância na área e tenho grande satisfação em poder contribuir para o debate de hoje, voltado para o tema da tortura.

Ao possibilitar a discussão pública deste e de outros temas ligados aos Direitos Humanos e às Políticas Públicas de Segurança, o IBCCrim contribui decisivamente para a Democracia no Brasil pois somente a partir do aprofunda-

1. Mantive as linhas gerais de minha exposição oral, realizada por ocasião do Seminário, apenas tendo incluído alguns temas que surgiram ao longo do debate com o público. Muitas das questões aqui apresentadas estão apenas esboçadas, necessitando de posterior aprofundamento.

mento do debate racional será possível realizar as mudanças necessárias para o fortalecimento do Estado de Direito e a expansão da Cidadania em nosso país, em oposição às propostas demagógicas e às posições ideologicamente informadas, que ainda hoje com freqüência dominam o debate nos meios de comunicação e mesmo nas conversas cotidianas da população.

Neste sentido, a discussão da questão da tortura não poderia ser mais oportuna, embora seja um tema sem dúvida delicado e polêmico.

Na verdade, trata-se de um tema tabu, que revela os mais sórdidos aspectos da condição humana e que coloca em xeque as conquistas civilizacionais realizadas até hoje pela humanidade.

Em termos morais, se desde Beccaria ganhou força o consenso de que a tortura é algo bárbaro e desumano, a questão não foi ainda suficientemente explorada pela reflexão no âmbito da Filosofia Moral (cf. Sussman, 2005).

A tortura envolve sempre a aplicação intencional de extremo sofrimento físico e psicológico contra indivíduos indefesos que já estão, de alguma forma, sob custódia de uma autoridade. Deste modo, a condenação da tortura não se dá exatamente nas mesmas bases morais de outras formas de violência, de crueldade e de degradação, pois deve levar em consideração o fato de que a situação de tortura é a total negação de um combate justo, apenas os derrotados podem ser torturados (cf. Shue, 1978).

Assim, se ações como o homicídio ou a mutilação podem ser perpetradas de forma acidental e não planejada, não é possível acidentalmente ou inadvertidamente torturar (cf. Sussman, 2005, p. 5). Uma profunda relação de assimetria de poder se estabelece necessariamente entre as partes envolvidas, já que a vítima está em posição totalmente vulnerável diante do agressor, incapaz de fugir ou de opor uma efetiva resistência à violência perpetrada (cf. Sussman, 2005, p. 6-7). A vítima encontra-se, deste modo, não só física e moralmente indefesa como também totalmente exposta à vontade arbitrária do torturador.

Quando realizada como forma de interrogatório, a tortura não apenas fere e degrada mas coloca a própria vítima contra si mesma, obrigando-a a confessar segredos ou a se auto-incriminar, de tal modo que a tortura não apenas viola a autonomia da vítima mas implica num acréscimo de perversão:

"A tortura não apenas prejudica ou danifica a capacidade de agir da vítima mas antes coloca essa capacidade contra sim mesma, ao forçar a vítima a experimentar-se como desamparada e ainda cúmplice de sua própria violação. Não é apenas um assalto ou uma violação da autonomia da vítima mas também uma perversão dessa autonomia, uma espécie de escárnio sistemático das relações morais básicas que um indivíduo estabelece tanto com os outros quanto consigo mesmo. Talvez seja por isso que a tortura pareça qualitativamente pior que outras formas de brutalidade e crueldade. (...)" (Sussman, 2005, p. 30).[2]

A tortura terrorista, por sua vez, utilizada pelos governos para intimidar opositores – tanto mais brutal quanto maior o medo a ser disseminado na sociedade –, viola o princípio básico de que uma pessoa não pode ser simplesmente tomada como um meio para a obtenção de determinados fins (cf. Shue, 1978).

Finalmente, como forma de punição, a tortura expõe igualmente o condenado a um ritual incerto, cruel e degradante e que, quando realizado publicamente, convidava as massas a participar dessa crueldade, quer como espectadores, quer como participantes (cf. Foucault, 1977).

Independentemente de tal condenação moral, no entanto, não é possível furtar-se à constatação de que a tortura continua a ser praticada em todo o mundo em pleno século XXI, apesar da existência de tratados internacionais, gerais ou regionais, que a interditam e não obstante a presença de legislação ordinária no interior dos países voltada para o mesmo fim.

O paradoxo da tortura no mundo contemporâneo consiste justamente no fato de que, embora a tortura seja – assim como o genocídio e a escravidão – mo-

2. Todas as traduções apresentadas aqui são de minha autoria.

ralmente condenada e amplamente combatida, as práticas de tortura continuam a ocorrer em todas as partes do mundo, quer em regimes democráticos, quer em regimes autoritários.

2. A tortura no mundo contemporâneo

Alguns pesquisadores na atualidade consideram mesmo que o emprego da tortura tornou-se muito mais comum ao longo do século XX, revertendo a tendência moderna de abolição da tortura, iniciada na Europa no século XVIII.

Einolf (2007), por exemplo, considera que, embora os governos europeus tenham começado a banir a tortura já ao longo do século XVIII – sendo que em 1851 a tortura já era ilegal em toda a Europa –, houve um ressurgimento da tortura no continente no século XX, ressurgimento este devido sobretudo à ascensão dos regimes totalitários, comunistas e fascistas.

Os regimes fascistas da Itália e Alemanha e seus aliados empregaram a tortura e outras técnicas de terror contra opositores políticos, prisioneiros de guerra, populações de territórios ocupados e membros de determinados grupos, como os judeus; os regimes comunistas da União Soviética e do leste europeu empregaram a tortura sobretudo contra opositores políticos (cf. Einolf, 2007, p. 111).

Em outros continentes, a tortura foi amplamente empregada ao longo de todo o século XX, quer contra forças insurgentes, quer contra opositores políticos ou contra a população em geral. O que singulariza a prática de tortura ao longo do século XX, diferentemente de outros períodos históricos, é que ela foi conduzida quase sempre de forma extralegal, praticada sem regulamentação precisa e em segredo (cf. Einolf, 2007, p. 112).

Tais considerações, acerca do crescimento da tortura no século XX e mesmo no início do século XXI, são sempre polêmicas, devido à dificuldade de obtenção de uma série de dados que permitam um efetivo acompanhamento e comparação das práticas de tortura nas mais diversas nações e em amplos períodos de tempo.

Sem dúvida, a difusão dos Direitos Humanos no século XX teve um inegável impacto no combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. É inegável, no entanto, que, além da presença da tortura nos mais diversos regimes políticos da atualidade, preocupantes tendências efetivamente emergiram na virada do milênio, tendências estas que ameaçam o próprio consenso moral, construído a partir do final do século XVIII, em torno da condenação absoluta da tortura e estimulam o seu emprego – de forma supostamente legítima – em algumas situações de perigo iminente para a sociedade.

Por um lado, ocorreu uma reconsideração da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes no âmbito das concepções e práticas de punição.

Se, até meados dos anos 70 do século XX, as assim chamadas políticas de bem estar no plano penal baseavam-se sobretudo na retórica da recuperação dos criminosos, a partir de então pode-se perceber uma significativa inflexão tanto nas práticas e nas políticas quanto no próprio significado da punição para a sociedade contemporânea.

Um novo *paradigma punitivo* emerge (cf. Wacquant, 2001a, 2001b, 2002), voltado mais para a imobilização e neutralização dos criminosos do que para a correção e recuperação, paradigma este que retoma a concepção de que a pena implica necessariamente numa dose de sofrimento a ser vivenciada por aquele que feriu as leis da convivência humana.

Tal redirecionamento coincide com a onda conservadora que, a partir da Grã Bretanha e dos Estados Unidos, redesenhou o jogo político mundial, inclusive com uma crítica acentuada às conquistas do *Welfare State*. O Estado Penal – estado que passa a encarcerar um número cada maior de indivíduos, a partir do endurecimento das políticas punitivas – substitui o Estado Social, já que a atrofia dos direitos sociais, por um lado, e a hipertrofia das políticas duras de controle social e o crescimento alarmante do encarceramento, por outro, são "transforma-

ções complementares e correlativas que fazem parte da instituição de um novo governo da miséria" (Wacquant, 2001a, p. 221).

Em resumo, pode-se afirmar que a ascensão mundial desse novo paradigma punitivo, dessa nova cultura do controle (cf. Garland, 2001), abriu fissuras no consenso iluminista em torno da condenação de qualquer forma de tortura e outras formas de tratamento ou penas cruéis, desumanas e degradantes, ao mesmo tempo em que o crescimento alarmante das taxas de encarceramento, igualmente em âmbito mundial (cf. Christie, 2002) levou efetivamente à degradação das condições de vida nas prisões, expondo, com maior freqüência, os condenados à tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano e degradante.

Se a assim chamada guerra contra o crime comum promoveu a reconsideração da tortura como forma de punição, por outro lado, a igualmente denominada guerra contra o terror levou à reconsideração da tortura como forma legítima de interrogatório em situações extremas, nas quais a vida de milhares de pessoas dependeria da obtenção de determinadas informações.

Sobretudo nos Estados Unidos, o pensamento de que a tortura pode ser um instrumento apropriado para combater o terrorismo ganhou força não apenas nos debates políticos e legais mas igualmente no imaginário social.

Tal reconsideração da tortura é geralmente defendida na forma do "*ticking bomb scenario*". Trata-se de argumento empregado para colocar em questão a proibição absoluta do uso da violência em interrogatórios. O argumento, construído como um cenário possível, aponta para a situação em que um terrorista, sob custódia das autoridades, detém informações sobre um atentado iminente, que poderá matar milhares de inocentes. Coloca-se, então, a questão acerca da legitimidade ou não de se torturar o terrorista, para assim obter a informação e salvar a vida dos inocentes.

O argumento baseia-se, sem dúvida, numa série de pressupostos falaciosos, que tornam o cenário descrito totalmente fantasioso: o plano de ataque é já de pleno conhecimento das autoridades; a pessoa em custódia é, com certeza, o

perpetrador do ataque; ele possui a informação que pode impedir o atentado; com a tortura será possível obter a informação precisa, capaz de evitar o ataque etc. (cf. *Association for the Prevention of Torture*, 2007).

No entanto, o objetivo daquele que apresenta tal cenário e o coloca em discussão, consiste, evidentemente, em encaminhar os interlocutores para a consideração de que é possível abrir espaço para uma exceção legal da proibição incondicional da tortura.

Já os inúmeros desafios e obstáculos que enfrentaria tal conduta de exceção, derivada do *ticking bomb scenario*, permanecem obscuros no debate: como restringir o uso da tortura a apenas esse tipo de situação? Como ter certeza que o terrorista em custódia é mesmo responsável pelo ataque? Qual a garantia de que, sob tortura, o terrorista daria a informação correta, capaz de evitar o atentado? Quantas vidas em jogo justificariam o emprego da tortura? Seria criado e mantido um grupo profissional de torturadores, treinados em técnicas específicas?[3]

Estes questionamentos mostram que a aceitação da tortura, mesmo em situações excepcionais, seria danosa tanto para a Democracia como para a garantia das liberdades individuais, sobretudo porque a experiência histórica comprova que, ao abrir-se uma exceção legal para o uso da tortura, esta acaba sendo empregada em muitas outras situações, que fugiriam ao controle de qualquer autoridade.

Fica claro, deste modo, que o *ticking bomb scenario* não pretende apontar efetivamente para linhas possíveis de reflexão e ação mas sim abrir espaço, por meio da manipulação das reações emocionais diante da complexidade dos desafios contemporâneos, para uma crítica da proibição absoluta da tortura.

Desde os atentados de 11.09.2001, tal cenário, além de ser cada vez mais comum nos debates políticos e legais, tornou-se igualmente tema de inúmeras séries televisivas e de filmes de ação. Deste modo, difunde-se, no imaginário

3. Para a discussão detalhada destes aspectos, ver Association for the Prevention of Torture, 2007.

global, a idéia de que apenas medidas extremas como a tortura podem fazer frente ao crescimento da insegurança no mundo contemporâneo e garantir a lei e a ordem.

De forma mais alarmante ainda, não foi apenas no plano simbólico que a questão da tortura foi recolocada pois os métodos utilizados pelos Estados Unidos na prisão de Guantánamo – onde prisioneiros suspeitos de terrorismo foram encarcerados e interrogados sem nenhuma supervisão e numa situação jurídica totalmente indefinida – e as denúncias de tortura na prisão de Abuh Ghraib, no Iraque, efetivamente colocaram o emprego da tortura em novo patamar, em pleno século XXI.

Enfim, por mais que tais discussões e avaliações em torno da presença da tortura no mundo contemporâneo sejam polêmicas, é certo que novos desafios se colocam para o pensamento e a ação. Se a abolição da tortura não é necessariamente uma conquista incontornável da civilização, se o mundo contemporâneo vê renascer todo um imaginário e práticas que aparentemente haviam sido ultrapassadas pelos valores humanitários, uma compreensão mais aprofundada de tal fenômeno se torna urgentemente necessária.

3. A tortura a partir de uma abordagem histórica e sociológica

Com já foi mencionado, intelectuais e pesquisadores têm manifestado crescente preocupação em relação à permanência das práticas de tortura e à multiplicação de espaços de detenção não regulamentados nas sociedades contemporâneas, num contexto internacional de retração das políticas penais preventivas e de ascensão do assim chamado Estado Penal e de novas formas de controle social.

De nada adiantaria, no entanto, naturalizar a tortura e considerá-la simplesmente como algo inerente à natureza humana, pois a análise histórica e sociológica mostra que existem padrões que indicam como, sob determinadas condições, as

práticas de tortura decrescem e praticamente desaparecem em determinados períodos e países do mundo.

Embora leis e tratados sejam de vital importância para combater a tortura, provavelmente não são suficientes e não basta apenas discutir a eficácia dos mecanismos jurídicos sem discutir as condições históricas e sociais que estimulam ou inibem tais práticas. Enfim, uma visão jurídica do problema pode – e deve – ser complementada por estudos que abordem a tortura como um fenômeno histórico e social.

Tal abordagem empírica não implica, de modo algum, uma relativização moral do tema. Sem nenhuma dúvida, a tortura, o suplício, as formas extremas de sofrimento físico ou psíquico aplicadas a acusados para obter confissão ou informação, bem como os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes devem ser veementemente condenados no âmbito de uma sociedade que se pretende democrática e civilizada.

Pode-se indagar, no entanto, a partir de uma perspectiva temporalmente mais ampla, quais os padrões de desenvolvimento da tortura nas sociedades humanas? Em quais condições ela costuma ser aplicada com maior freqüência? Em quais condições seu emprego é, em contrapartida, limitado ou totalmente abolido?

Muitos estudos no âmbito da Sociologia e da História apontam que um mesmo conjunto de mutações históricas parece ter levado simultaneamente, no mundo moderno, a uma abolição, no âmbito formal, da tortura e das penas corporais e efetivamente a um recuo do emprego da violência direta nas práticas jurídicas e nas sociedades em geral.

Por exemplo, o filósofo Michel Foucault, em seu conjunto de conferências intitulado *A Verdade e as Formas Jurídicas*, (Foucault, 1978) mostra como, desde as práticas judiciais, na Grécia antiga, até os ordálios, na Idade Média – em que provas corporais, físicas, consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo – e a pena de suplício no Antigo Regime, a violência direta sobre o corpo desempenhava um papel central na produção da verdade jurídica.

Apenas com a modernidade, sobretudo no final do século XVIII e início do século XIX na Europa, com o advento de uma nova teoria penal, com autores como Beccaria e Bentham, mas sobretudo com a emergência da prisão como mecanismo generalizado de punição, é que os rituais tradicionais de tortura e punição corporal regridem ou perdem ao menos seu caráter público. Tal fenômeno é, no entanto, bastante complexo e não corresponde de modo nenhum a um simples processo de humanização das penas.

Como desenvolve Foucault em outro livro, *Vigiar e Punir* (Foucault, 1977), o declínio do caráter supliciante das penas não foi uma simples vitória dos valores humanistas mas implicou em toda uma reorganização das formas de governo dos indivíduos e das populações no Ocidente, a partir das quais novas formas disciplinares de poder se espalharam nas mais diversas instituições.

No âmbito penal, mesmo que a prisão disciplinar tenha se tornado a instituição-chave das novas políticas criminais, permaneceu, ainda segundo o próprio Foucault, um fundo supliciante mesmo nas prisões modelo e nas práticas disciplinares mais austeras. Ou seja, não ocorreu uma simples substituição das penas corporais por penas mais "suaves", mas sim um conjunto de deslocamento, a partir do qual a pena de prisão se tornou a penas por excelência na modernidade, voltada sobretudo para a disciplina e normalização dos corpos.

O sociólogo Norbert Elias, por sua vez, busca explicar tais mudanças no âmbito das práticas jurídicas e penais da modernidade de um ponto de vista diverso. De acordo com o argumento de Elias (1994), o assim chamado processo civilizador seria marcado pela redução do uso da violência física e o incremento do autocontrole individual nas sociedades modernas. Com a emergência de uma autoridade centralizada e a construção paulatina do monopólio da violência pelo Estado, criam-se condições necessárias para uma ampla pacificação social, que atingirá também as práticas jurídicas e penais.

A emergência de uma rede de interdependência entre os indivíduos também desempenha um papel crucial nessas mudanças, já que a violência só pode

ser empregada como um método freqüente de controle caso exista uma clara disparidade na distribuição do poder, diminuindo nas condições sociais nas quais o poder é mais eqüitativamente distribuído.

Se a tortura, como foi visto anteriormente, baseia-se numa relação de extrema assimetria de poder que se estabelece entre o torturador e sua vítima, o crescimento da interdependência dos indivíduos na modernidade limitaria inevitavelmente as condições de seu exercício.

O que há de comum nas considerações de Foucault e Elias é que ambos consideram que as mudanças modernas no âmbito mais específico da punição e no âmbito mais amplo do exercício da violência em geral podem ser explicadas em parte como resultado do conjunto das transformações políticas e sociais então em curso, bem como das transformações decorrentes no plano das mentalidades.

Pune-se com menor crueldade porque a distribuição de poder na modernidade é menos assimétrica – basta lembrar como a condição de possibilidade do ritual do suplício, tão detalhadamente descrito por Foucault, é a total assimetria de poder entre o corpo do soberano e o corpo do criminoso.

O Estado moderno, em contrapartida, tornaria o ritual de punição menos imprevisível e mais controlado, moderado e previsível, ao passo que a crueldade passa a ser vista como intolerável pelos indivíduos, quer no que diz respeito às interações com outros indivíduos, quer no que diz respeito à ação do Estado mesmo no emprego do monopólio da violência.

A partir de tais diagnósticos, torna-se possível compreender as condições históricas e sociais que permitiram que o emprego da tortura fosse cada vez mais criticado e paulatinamente abolido na Europa, ao longo do século XIX, proibição que ao longo do século XX ganhou amplitude mundial. Igualmente seria esperado que a prática da tortura declinasse de modo decisivo em todo o mundo com a expansão da modernidade.

Como explicar, no entanto, que ao longo do século XX, mesmo na Europa e igualmente no resto do mundo, a tortura continuou a ser amplamente empregada

e que, no início do século XXI, mesmo as Democracias liberais tenham voltado a defender seu emprego contra suspeitos de terrorismo, prisioneiros de guerra e mesmo criminosos comuns?

Einolf considera que, para explicar tal ressurgimento da tortura no século XX, faz-se necessária uma investigação mais aprofundada dos padrões mais gerais que governariam as práticas de tortura, padrões estes presentes ao longo da história e em sociedades distintas e que, ao serem identificados, permitiriam comparações através de diferentes culturas e diferentes momentos históricos.

Para isso, ele parte de uma definição de tortura diversa da legal,[4] mais restrita, construída em termos puramente comportamentais e sem levar em consideração as questões de moralidade ou de motivação:

"(...) A tortura consiste num ato em que, intencionalmente, um sofrimento severo é aplicado numa pessoa por um agente público, durante o período em que tal pessoa está sob sua custódia ou o controle, sem que ocorra – ou tenha ainda ocorrido – um veredicto formal de culpa. (...)" (Einolf, 2007, p. 103)

A definição é igualmente restrita no aspecto em que exclui as punições corporais legalmente estabelecidas como forma de tortura, tais como os ordálios na Idade Média. Mas permitiria identificar, em contrapartida, por meio de uma abordagem histórica comparativa, os padrões gerais de emprego das práticas de tortura em diversas culturas e diferentes períodos de tempo. Ainda segundo o mesmo autor, quatro padrões poderiam ser, deste modo, discernidos:

"1. A tortura é mais comumente empregada contra pessoas que não são membros integrais de uma sociedade, como escravos, estrangeiros, prisioneiros de guerra, membros de minorias raciais ou étnicas e grupos religiosos *outsiders*;

2. A tortura é mais raramente empregada contra os membros ou cidadãos de uma sociedade. Neste caso, duas condições especiais devem se aplicadas:

4. Já que diferentes sociedades e sistemas legais empregam diferentes definições da tortura, de acordo com cada momento histórico.

a. A tortura é empregada apenas após um veredicto de culpa provável, e

b. A tortura é apenas empregada em casos de crimes extremamente sérios, particularmente heresia e traição.

3. A tortura é mais comumente empregada quando o governo ou a sociedade percebem a si mesmos como estando em perigo.

4. A ascensão das normas de direitos humanos e o crescimento do número de estados democráticos liberais, tiveram um impacto significativo na redução da tortura. Democracias liberais por vezes se engajam na tortura, mas com freqüência muitas vezes menor que outros estados, e quase nunca empregam a tortura contra seus próprios cidadãos. Quando se engajam na tortura, empregam-na sobretudo contra não-cidadãos e sob condições de extremo perigo, como em resposta a ataques terroristas." (Einolf, 2007, p. 105-106)

Estes padrões mais gerais, ainda segundo o autor, permitiriam explicar o crescimento da tortura ao longo do século XX. O crescimento em quantidade e intensidade dos conflitos militares, por um lado, teria estimulado o emprego mais freqüente da tortura contra os prisioneiros de guerra e a população civil de territórios ocupados. Por outro lado, a prevalência de conflitos civis em estados divididos segundo linhas raciais, étnicas ou religiosas teria estimulado a tortura contra determinadas minorias. Finalmente, a crescente capacidade dos estados de monitorar as atividades de seus cidadãos também criaria condições para uma expansão da noção de traição e o conseqüente crescimento do emprego da tortura.

O aspecto mais interessante no argumento de Einolf, entretanto, é que ele indica claramente que a cidadania geralmente protege os indivíduos contra a tortura, ao passo que é muito mais comum o emprego da tortura contra aqueles que não são considerados como membros integrais de uma determinada sociedade.

Pode-se considerar, conseqüentemente, que, na cena contemporânea – na qual crescem as desigualdades econômicas e sociais, em que muitos estados nacionais entram em crise e não conseguem garantir o monopólio da violência em suas fronteiras diante das ameaças do narcotráfico e do crime organizado

em geral, em que fluxos transnacionais de mão-de-obra expõem contingentes populacionais cada vez maiores ao arbítrio das autoridades que os recebem, assim como conflitos civis criam legiões de refugiados e a assim chamada guerra contra o crime e o terror serve de justificativa para inúmeros atos de exceção[5] – o espectro da tortura retorna ameaçador, mesmo considerando-se os avanços legais realizados nos últimos anos.

4. A tortura no Brasil

No Brasil atual, o cenário com relação à tortura não é menos preocupante.

Com o fim do regime autoritário e ao completar-se a transição democrática, esperava-se que as práticas de tortura decrescessem significativamente mas, na realidade, apenas os alvos preferenciais da brutalidade parecem ter sido novamente deslocados.

A tortura ainda é empregada com freqüência no Brasil democrático, mesmo anos depois do fim do regime autoritário, sendo que o principal objetivo perseguido continua sendo instilar o terror em suas vítimas (cf. Huggins, 2006, p. 32), ainda que estas não sejam mais os opositores políticos mas sim os assim chamados criminosos comuns.

As dificuldades de construção de um diagnóstico mais preciso sobre o problema da tortura no Brasil são decorrentes da crônica precariedade no que diz respeito aos dados dos mais diversos campos de atividade da justiça criminal e do sistema de segurança pública no país. Mas, mesmo de forma fragmentada, os mais confiáveis diagnósticos apontam na direção da permanência do problema.

5. O filósofo Giorgio Agamben (2002) é um dos autores que discute como, no mundo contemporâneo, multiplicam-se os espaços de exceção, onde indivíduos detidos são integralmente despojados de seus direitos e prerrogativas. Espaços como os campos de refugiados para imigrantes clandestinos, as zonas de trânsito nos aeroportos internacionais, os campos de internação de combatentes ou de segregação de grupos étnicos etc. O que há de comum em todos esses espaços é neles se pode perpetrar qualquer ato contra os indivíduos sob custódia, ou seja, tal como no campo de concentração nazista, tudo é verdadeiramente possível, inclusive a tortura.

Por exemplo, em 2002, Nigel Rodley, então relator das Nações Unidas sobre a Tortura, tendo visitado carceragens policiais, centros de detenção e estabelecimentos penitenciários, entrevistado testemunhas de atos de violência e representantes de organizações não-governamentais, considerou que as práticas de tortura ocorriam de forma generalizada e sistemática no país (cf. Tortura no Brasil, 2004).

Também a imprensa, com aterradora freqüência, divulga atos de tortura os mais diversos que ocorrem por todo país. Em 2007, entre outros casos, pode-se citar o da adolescente, detida em uma cela da delegacia da cidade de Abaetuba, no estado do Pará, juntamente com mais de vinte presos que a violentaram e torturaram, bem como o dos policiais militares que, na cidade de Bauru, interior do estado de São Paulo, torturaram, até a morte, com choques elétricos aplicados em todo o corpo elétricos, um adolescente suspeito de roubar uma moto.[6]

Deste modo, a persistência da tortura continua sendo um grande desafio para a Democracia no país. Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, bem como seu Protocolo Facultativo, e criado leis específicas que criminalizam a tortura, a prática da violência ainda está presente tanto na dinâmica do trabalho policial quanto no cotidiano das prisões.

Em termos dos centros de detenção – tal como definidos pelo Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes[7] –, especialmente as instituições policiais, as penitenciárias, as instituições para jovens em conflito com a lei e as de saúde mental merecem especial atenção e reflexão.

6. Cf. *Folha de S.Paulo*, 21.11.2007 e 18.12.2007, respectivamente.

7. Sobre o Protocolo, bem como sobre a situação dos centros de detenção no país, consultar Alvarez e Salla (2005).

No caso das prisões e penitenciárias, o crescimento alarmante da população encarcerada propiciou uma forte escalada de violência, claramente indicada pelo crescimento do número de rebeliões e principalmente pelas mortes de presos, provocadas na sua maior parte por outros presos. A falência múltipla de todas as esferas responsáveis pela administração e controle da execução penal favorece a presença do assim chamado crime organizado que se fortaleceu dentro dos espaços prisionais e passou a exercer um controle cada vez maior sobre a massa carcerária, impondo de fato limites ao poder constituído das próprias autoridades. Assim, além da tortura praticada diretamente pelos agentes públicos, há uma forte conivência com as práticas de tortura e agressões existentes entre os presos.

As mesmas condições degradantes e as práticas de tortura são encontradas igualmente nas instituições psiquiátricas, públicas ou privadas, e naquelas voltadas para a internação de adolescentes em conflito com a lei.

Se não é possível desconsiderar as deficiências históricas e a complexidade política e administrativa que dificultam o controle e o monitoramento das atividades da justiça criminal e da segurança pública no Brasil, não é possível deixar de considerar outros fatores que inclusive ajudariam a explicar as razões que levam a própria sociedade civil no Brasil a pouco se sensibilizar diante de tal quadro.[8]

A hipótese anteriormente levantada, de que sobretudo a ausência de cidadania torna os indivíduos mais expostos às práticas de tortura, pode fornecer importantes pistas para pesquisas na área.

8. Esta pouca sensibilização diante do problema da tortura se manifesta no freqüente argumento da "maçã podre", ou seja, de que os atos de tortura seriam excepcionais, perpetrados por indivíduos que não representariam mais os valores das instituições da justiça criminal e da segurança pública. Mesmo a imprensa que denúncia tais casos acaba, por vezes, reafirmando que seriam apenas resultado da "truculência de alguns agentes públicos" (cf., *Folha de S.Paulo*, Monstruosidades, Editorial, 19.12.2007) e não uma prática institucional ainda recorrente no país. Sem indagar acerca das causas dessas atrocidades, não será possível identificar quais são os mecanismos institucionais que engendram as condutas violentas dos agentes públicos, bem como promovem sua impunidade (cf. Huggins, 2006, p. 33).

De uma perspectiva histórica mais ampla, percebe-se que, no Brasil, a tortura tem sido empregada sistematicamente sobretudo contra aqueles que não são considerados como cidadãos plenos em nossa sociedade.

Numa sociedade profundamente hierarquizada, sem tradição de reconhecimento da cidadania, marcada pela violência como elemento constitutivo de suas relações sociais (cf. Adorno, 1998; Franco 1983), o funcionamento do aparato de justiça criminal e de segurança pública acabou quase sempre fortalecendo a total assimetria de poder, sendo uma de suas conseqüências o uso sistemático, pelas forças policiais, da violência ilegal, dos espancamentos e da tortura nos seus procedimentos de policiamento, de investigação e de obtenção de confissões.

Se, em alguns momentos, a presença de regimes autoritários propiciou que a tortura fosse empregada igualmente contra opositores políticos membros das classes médias, como durante o Estado Novo de Vargas ou durante o regime autoritário, fruto do golpe militar de 1964, despertando assim certa oposição por parte da sociedade civil, na maior parte do tempo as práticas de tortura puderam ser empregadas sem maiores resistências.[9]

Em contrapartida, os setores da população que foram freqüentemente torturados – escravos, índios, operários, pobres da cidade ou do campo, presos comuns etc. – compuseram, ao longo de nossa história, todo esse contingente de vidas nuas, para utilizar a expressão de Agamben (2002), desvestidas do manto protetor da norma jurídica e, conseqüentemente, submetidas à violência arbitrária, ao sacrifício inútil, à tortura e à morte.

A reflexão histórica e sociológica com respeito à tortura pode cumprir, deste modo, um importante papel, no momento em que, tanto no Brasil quanto no mundo, ainda muito deve ser feito no sentido de combater esta forma especialmente perversa de violência.

9. Para um esboço de análise histórica e sociológica sobre a questão da tortura no Brasil, consultar Alvarez e Salla (2006).

5. Referências bibliográficas

ADORNO, S. (1998) Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. *Revista Tempo Social*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 19-47.

AGAMBEN, Giorgio. (2002) *Homo Sacer* – o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG.

ALVAREZ, Marcos C.; SALLA, Fernando. (2005) O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 57, p. 213-247.

_____. (2006) Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 63, p. 277-308.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE. (2007) *Defusing the Ticking Bom Scenario:* why we must say no to torture, always. Geneva: Association for the prevention of torture.

CHRISTIE, Nils. (2002) Elementos de geografia penal. *Discursos sediciosos, Crime Direito e Sociedade*, ano 7, n. 11, 1.º semestre, p. 93-100.

EINOLF, Christopher J. (2007) The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis. *Sociological Theory*, v. 25, n. 2, june, p. 101-121.

ELIAS, Norbert. (1994) *O processo civilizador.* 2 vols. Rio de Janeiro: Zahar.

FOUCAULT, Michel. (1977) *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes.

_____. (1978) *A verdade e as formas jurídicas*. Cadernos PUC, n. 16, p. 1-102.

FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. (1983) *Homens livres na ordem escravocrata*. 3. ed. São Paulo: Kairós.

GARLAND, David. (2001) *The culture of control:* crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press.

HUGGINS, Martha K. (2006) *Operários da violência*: policiais torturadores e assassinos reconstroem as atrocidades brasileiras. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

SHUE, Henry. (1978) Torture. *Philosophy and Public Affairs*. v. 7, n. 2, winter, 1978, p. 124-143.

SUSSMAN, David. (2005) What's wrong with torture? *Philosophy and Public Affairs*, v. 33, n. 1, p. 1-33.

TORTURA NO BRASIL. (2004) *Tortura no Brasil:* implementação das recomendações do relator da ONU. Rio de Janeiro: CEJIL.

WACQUANT, Loïc. (1998) A ascensão do Estado penal nos EUA. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 13-39, 1.º semestre.

_____. (2001a) *Os condenados da cidade:* estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan.

_____. (2001b) *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar.

3.1 Sistema Prisional

Administradores de presídios: na corda bamba dos paradoxos institucionais

Luiz Antônio Bogo Chies
Professor Adjunto da UCPel.
Doutor em Sociologia pela UFRGS.
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (Buenos Aires).
Coordenador-Geral do Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários (GITEP-UCPel).

Resumo: O artigo aborda dilemas e estratégias vinculadas à gestão de estabelecimentos prisionais. Adota, como perspectiva de enfoque, a voz dos protagonistas da gestão, recorrendo a entrevistas realizadas com Administradores de presídios da 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul. Parte da busca de afirmação de um saber legitimado em relação ao serviço penitenciário, para avançar nas contradições que se constituem entre o ser, o estar e o se tornar um Administrador de Prisão. A análise se baliza na compreensão de que os paradoxos carcerários são essencialmente estruturais; pretende contribuir, pois, com o desvelar destas tramas, afastando-se das percepções simplificadoras que, na questão penitenciária, se contentam em culpabilizar categorias, grupos ou agentes individuais.

Palavras-chave: Prisão – Sistema penitenciário – Serviço penitenciário – Administração prisional – Políticas penitenciárias.

Abstract: This paper focuses on dilemmas and strategies related to the management of imprisonment facilities. It adopts, as its main perspective the

voice of the management protagonists, referring to interviews carried out with prison administrators of the 5th Penitentiary Region of Rio Grande do Sul State. Our goal is to find the assurance of a legitimate understanding concerning the penitentiary service, and progress towards the contradictory vision of what it means to be and to become a prison administrator. This analysis is based on the understanding that the imprisonment establishment paradoxes are essentially structural, our intention, therefore is to contribute to unravel these plots keeping away from simplifying perceptions, which tend to put the blame on categories, groups or individual agents.

Keywords: Prison – Penitentiary system – Penitentiary service – Prison administrator – Penitentiary policies.

Sumário: Introdução – 1. De carcereiro a administrador: percursos que buscam afirmar um saber legitimado – 2. Não sou administrador... estou administrador! – 3. Tornar-se e estar administrador: paradoxos de papéis e formação... amadurecimentos – 4. Estar administrador: vulnerabilidades e negociações – 5. Administrar um presídio é capitalizar disciplina – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal

Introdução

"Existem duas maneiras de administrar uma cadeia: a primeira é a gente gostar, vestir a camiseta e seguir aquela linha... ser honesto. A outra maneira... eu posso fazer o seguinte: eu pego cinco, seis presos; dou toda a regalia para eles, formo uma prefeitura[1] dentro do presídio, e o restante vai andar tudo quieto porque eu autorizo aqueles cinco, seis presos a bater nos caras, a fazer tudo o que

1. De forma análoga às Facções e aos Comandos, a experiência prisional do estado do Rio Grande do Sul é marcada pelas chamadas Prefeituras, as quais têm origem no interior do Presídio Central de Porto Alegre. Uma reportagem de César Fraga (2004), referindo-se a este

eles querem, montar o mundinho deles ali, ter todas as regalias... e eu não tenho problema nenhum. Aí eu não vejo o pelotão de choque no noticiário, que entrou no presídio; eu não vejo transferência; não escuto no noticiário: 'transferência de presos'. Aí as pessoas dizem: Pô! Essa cadeia é uma maravilha! Só que o administrador está na rua, passeando, enquanto cinco ou seis presos estão comendo bem, estão tendo todas as regalias e estão humilhando o restante. Então, eu sou mais vestir a camiseta, e ter mil e um problemas, passar várias noites sem dormir, do que ser essa outra maneira aí." (Administrador 1)

Esta manifestação, através da qual iniciamos este artigo – proferida em entrevista por um dos Administradores dos estabelecimentos prisionais da 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul (RP-RS)[2] – sintetiza o dilema que se impõe àqueles cujo dever legal e funcional é gerir, *in loco*, um ambiente sócio-institucional que é permeado, desde sua gênese, por paradoxos: a Prisão.

estabelecimento, descreve o sistema e a dimensão concreta da negociação e das relações de poder no estabelecimento prisional:

Os criminosos condenados têm sua própria hierarquia dentro do Presídio. Eles escolhem seus representantes para interlocução com as autoridades de direito e dividem o poder por área, onde cada uma das nove galerias de detenção tem prefeito, secretário, assessor jurídico e outros cargos adjacentes. As formas de conquistar uma dessas posições, sinônimo de bem-estar, privilégios e respeito, nem sempre são democráticas. Ainda vale a lei do mais forte.

As regras são explícitas e claras: ter batido em algum guarda, ter matado alguém para fazer cumprir a lei interna, possuir contatos fora da cadeia e, além disso, ter um discurso articulado, fazem um bom candidato. [...] A escala hierárquica é a seguinte: cada prefeito, ou 'plantão' na linguagem do crime, mantém dois auxiliares (espécie de vice-prefeitos) diretos, que têm, abaixo deles, quatro ajudantes (mestre-paneleiro ou cozinheiro, auxiliar jurídico, auxiliar de esportes e mestre-faxineiro) que, também, coordenam outros presos. A organização é rígida. E se desde 1995, quando a Brigada Militar passou a gerir o sistema, não ocorrem motins no Central, é devido à medição diária de forças entre a segurança do presídio e os representantes dos apenados. (2004).

2. O Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul possui, conforme dados da SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários), 93 estabelecimentos penais, distribuídos em oito regiões, além das chamadas "casas especiais", vinculadas à capital Porto Alegre. A 5ª Região Penitenciária, com sede no município de Pelotas (zona sul do estado), compreende além do Presídio Regional de Pelotas, outros cinco Presídios Estaduais, localizados nos municípios de Camaquã, Canguçu, Jaguarão, Rio Grande e Santa Vitória do Palmar.

Neste texto buscamos ingressar no mundo desses "gestores das casas de mortos-vivos"; dar fala a esses... procurando analisar, num distanciamento dos estereótipos que lhes são lançados, os dilemas e as estratégias a que estão submetidos no decorrer da trajetória de um período de administração penitenciária – a qual se assemelha ao trajeto do artista circense na "corda bamba", já que estendida entre dois pontos (não tão) fixos, contudo menos trêmulos.

O material empírico sobre o qual desenvolveremos essa análise – composto das entrevistas que realizamos com os seis administradores dos estabelecimentos prisionais da 5ª RP-RS em julho e agosto de 2005, por ocasião da pesquisa de campo de nossa tese de Doutorado (CHIES, 2006) – está vinculado à realidade gaúcha, impedindo-nos de inferir generalizações para todos os demais estados brasileiros, haja vista, inclusive, os distintos modelos de acesso ao cargo de Administrador Penitenciário (como tangenciaremos adiante). Não obstante isso, é material válido para que se abra uma importante janela das ciências sociais e jurídicas a esta dimensão das questões penitenciárias, a qual, à semelhança de outras (ou de quase todas), está invisibilizada por práticas e políticas criminais e penitenciárias que pouca atenção dão aos aspectos humano-dignificantes que se devem exigir aos grupos sociais vinculados ao cárcere.

Os protagonistas das falas encerram um grupo com experiências diversificadas em relação ao Sistema Prisional. Ainda que o tempo em que estavam no cargo de Administrador fosse similar – na faixa de três anos e meio, para a maioria –, até mesmo porque se trata de um cargo de confiança que acaba se vinculando aos mandatos de cada governo estadual, e que o tempo de vínculo desses com a SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários) fosse igualmente equivalente – situando-se, para a maioria, entre dez e 14 anos – alguns tinham experiência em mais de uma casa prisional, inclusive de maior porte, enquanto outros sempre estiveram lotados nos presídios que na época administravam. Enquanto uns já haviam desempenhado funções anteriores de chefe de segurança,

outros se envolviam pela primeira vez com cargos mais elevados da hierarquia interna das casas prisionais.

1. De carcereiro a administrador: percursos que buscam afirmar um saber legitimado

Sob o ponto de vista histórico é interessante observar que a administração dos ambientes propriamente carcerários parece ter sido, inicialmente, mais uma atividade de características privadas do que públicas.

Georg Rusche e Otto Kirchheimer registram que até fins do século XVIII o ofício de guarda era um negócio lucrativo, vez que as autoridades não previam nenhuma provisão para a manutenção dos presos, assim, os "prisioneiros mais ricos podiam barganhar condições mais ou menos toleráveis a preços altos", sendo que também homens "eram encarcerados por não poderem pagar a fiança, e não podiam sair da prisão enquanto não reembolsassem ao carcereiro as despesas de carceragem" (1999, p. 88).

Em relação à realidade brasileira, não obstante Fernando Salla faça registro de procedimentos similares (1999, p. 38), não podemos considerar a existência de uma significativa participação nesse estágio. Seja por sua condição de colônia, seja pelas características do ordenamento jurídico (Ordenações Filipinas) que vige no Brasil pré-independência, a cadeia está vinculada ao poder municipal. "Era a ela que recorria a Câmara, com seus oficiais, para recolher criminosos e todo tipo de transgressores" (SALLA, 1999, p. 36). Quando da independência, em 1822, e com o Código Criminal do Império (1830), serão as concepções utilitário-humanistas da Escola Clássica de direito penal que nortearão a gênese do(s) sistema(s) penitenciário(s)[3] no Brasil, já o(s) conduzindo a outras perspectivas administrativas.

3. Adotamos uma ambigüidade entre o singular e o plural para nos referirmos à realidade brasileira já que, não obstante a existência da LEP (Lei de Execução Penal) – Lei 7.210/84

Contudo, como demonstram Rusche e Kirchheimer, foram as transformações nas relações entre mercado de trabalho e aprisionamento, possibilidade e lucratividade de utilização da mão-de-obra reclusa, bem como nas concepções e fundamentações teórico-punitivas, que conduziram, gradualmente, ao envolvimento mais direto da administração pública nos ambientes carcerários, fato que afetou aspectos organizacionais, disciplinares e de controle social no interior das casas prisionais. Comentando aspectos da experiência européia, os autores registram:

"Repentinamente, as casas de correção viram-se completamente dependentes de subsídios. Naturalmente foi feita uma tentativa de manter os subsídios os mais baixos possíveis. Havia duas maneiras de fazê-lo: uma delas era continuar arrendando as prisões, sendo que agora não mais pelo lance mais alto, mas para o empresário que requisitasse o subsídio menor para os gastos gerais e a alimentação dos prisioneiros. A outra maneira implicava o próprio Estado administrar as prisões. A administração das prisões poderia ser combinada com a manutenção dos militares aposentados. Krohne, discutindo as condições do cárcere prussiano, escreve que os militares reformados surgiram como um recurso barato e útil de funcionários para as prisões. Neste sentido, também, a ordem militar e a disciplina foram introduzidas nas prisões." (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1999, p. 146-147)

As experiências de administração extra-estatais dos estabelecimentos prisionais também envolvem, em muito, a participação de grupos filantrópicos e ordens religiosas. Nesse sentido, sobretudo em estabelecimentos femininos, essa participação durou até tempos recentes, inclusive em nossa realidade.

Atualmente a execução penal é compreendida como uma atividade complexa, "que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo",

– como legislação federal, bem como de órgãos federais como o DEPEN-MJ (Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça), a estrutura de gestão como de atribuição das unidades da federação nos impossibilita de falar num único sistema.

vez que dela "participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais" (GRINOVER, 1987, p. 7).

Mas se aqui o que nos interessa é a dimensão administrativa, o que importa reconhecer é que a perspectiva de racionalidade da sociedade moderna conduziu a requerimentos de qualificações específicas – em termos de "saber" – daqueles que ocupam os cargos administrativos nos estabelecimentos carcerários.

Tais requerimentos, em termos supra-estatais, culminam com o disposto no item 50.1 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, da Organização das Nações Unidas (ONU), quando consigna: "O diretor do estabelecimento deverá achar-se devidamente qualificado para a função, por seu caráter, sua capacidade administrativa, formação adequada e experiência na matéria".

Já na vigente legislação brasileira, o art. 75 da Lei de Execução Penal (LEP) detalha, inclusive, as áreas de formação superior compatíveis com sua expectativa de racionalidade administrativa:

"Art. 75. O ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

I – ser portador de diploma de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais;

II – possuir experiência administrativa na área;

III – ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função."

Não obstante isso, já há muito, em especial nos grandes centros urbanos brasileiros, o poder público vem buscando sustentar a legitimidade de suas instituições prisionais a partir do "saber racional e científico" dos administradores que escolhe, não obstante, também, confie grande parte do sucesso administrativo às virtudes e capacidades pessoais do escolhido.

Nesse sentido é relevante o trabalho de Salla (1999) acerca das prisões em São Paulo no período de 1822 a 1940, sobretudo no que se refere ao período pos-

terior a 1852, com a inauguração da Casa de Correção, vez que demonstra serem os cargos administrativos dessa instituição, via de regra, ocupados por bacharéis oriundos de "distintas famílias" da capital paulista.

A análise que Augusto Thompson (1991) faz dos membros dos grupos diretivos das prisões ainda se pauta na seqüência desse modelo:

"Recrutam-se os membros da direção, via de regra, nas camadas mais altas da sociedade, com preferência a pessoas de nível universitário: advogados, médicos, engenheiros, oficiais militares de patente acima de major, altos funcionários da administração estadual, Procuradores do Estado, membros do Ministério Público etc.". (1991, p. 29)

As inadequações de tal modelo, conforme se apreende da análise de Thompson, decorrem desde da instabilidade das administrações – que se caracterizam por uma ocupação temporária de um cargo de confiança de superiores hierárquicos (muitas vezes ocupando seus cargos públicos também de forma temporária) – até do próprio desconhecimento aprofundado das peculiaridades sócio-prisionais por parte dos administradores, fato este que os coloca numa posição de relativa dependência (às vezes, subserviência) de outros estratos da organização – em especial os Agentes Penitenciários, por vezes os Técnicos e Terapeutas, vez que ambos grupos com maior permanência funcional nas instituições.

Nesse sentido, tal modelo tende a conduzir a administração ao exercício arbitrário do poder que dispõe, ou negociá-lo em prol dos interesses de outros grupos sócio-prisionais. Em ambos os casos o resultado tende a afetar a racionalidade burocrática que o legitima e que a organização moderna pretende imprimir nessa esfera hierárquica.

Mais recentemente, na realidade brasileira, outros modelos têm buscado a profissionalização intra-organizacional das instâncias administrativas.

No estado do Rio Grande do Sul, a Lei 9.228, de 01.02.1991 – que cria o Quadro Especial de Servidores Penitenciários do Estado – estabelece, em seu art. 7.º, que:

"As funções de Diretor, Subdiretor ou Administrador de Estabelecimento Penal, Diretor de Albergue, Chefe da Inspetoria Penitenciária, Inspetor Penitenciário e Chefe de Atividade de Segurança são privativas de Agentes Penitenciários Classe 'C' e 'D', Técnicos Penitenciários, Monitores Penitenciários e Criminológicos, à medida em que vagarem."

Esse modelo, ao estabelecer uma endogeneidade na administração penitenciária – gerando critérios de acesso somente a categorias já integrantes do quadro dos servidores penitenciários – tende a resolver a questão pertinente ao conhecimento prático dos estabelecimentos, em suas dinâmicas, processos e relações concretas e características. Contudo, nesse modelo problemas também tendem a surgir, e é sobre estes, e sobre àqueles que os enfrentam, que pretendemos prosseguir nossa análise.

2. Não sou administrador... estou administrador!

Esta é outra assertiva síntese dos protagonistas deste texto. Ao nosso olhar, entretanto, nos remete não só a uma constatação conjuntural da perspectiva de não permanência no cargo, ou mesmo da instabilidade deste (face ao sistema de alocação já noticiado), mas, sobretudo, a uma seqüência da ambigüidade característica do *status* de servidor penitenciário. Entre o ser e o estar há uma gama de paradoxos que envolvem desejos, contingências e sobrevivências, os quais produzem tanto um estar-não-sendo, como um ser-porque-se-está, ambos como uma pertença sempre frágil, sempre instável, admitida pelo convívio, mas raramente planejada.

A carreira de servidor penitenciário não se inclui, via de regra, nos desejos de ocupação laboral, ou mesmo profissional, presentes no imaginário social. Historicamente, como demonstra Rosalice Lopes, "os carcereiros eram vítimas da não-escolha profissional e da obrigatoriedade de exercê-la e ainda das precárias condições das prisões" (2003, p. 4), sendo, em geral, recrutados nas camadas sociais

inferiores da sociedade e, inclusive, como também registra Salla (1999, p. 38-39), constrangidos ao cargo, até mesmo sob o risco de prisão (LOPES, 2003, p. 3).

Mesmo alterado o quadro atual das formas de recrutamento dos servidores penitenciários, a mencionada característica da não-escolha profissional nos aparece tão somente mascarada por uma nova conjuntura, a qual se traduz como a busca de – ao menos um mínimo – de estabilidade, em face da carreira pública, num contexto de precarização do mundo do trabalho.

De forma coerente com os registros de outras pesquisas sobre a questão dos servidores penitenciários (MORAES, 2005), os administradores que entrevistamos, em sua maioria, foram explícitos na demonstração de que a "motivação" principal do ingresso na carreira foi a busca de estabilidade perante o mundo do trabalho.

Entrevistador – "O que te levou ao serviço penitenciário?"

Administrador 2 – "Primeiramente, um desafio, uma etapa nova da vida. Segundo, pela questão de se tornar funcionário público, pela questão da estabilidade. E no momento que eu passei pelo concurso na SUSEPE, nada eu tinha conhecimento da questão penitenciária. Então, foi um aprendizado, houve um amadurecimento de idéias. E eu passei a subtrair determinadas questões que eu não tinha conhecimento. E passei a conhecer e dar ênfase ao trabalho. E, particularmente, gosto do que faço. Me acostumei, talvez eu sinto falta até de quando eu me ausento, de férias, de estar em convívio... eu tenho satisfação, apesar de alguns problemas que se tem, e é em todo o estado, mas eu tenho satisfação de trabalhar, é uma coisa que me cativou e acho que... dá resultado".

Administrador 3 – "Olha, no início eu nunca tinha entrado dentro de uma cadeia mas, como a gente sabe, essa crise de emprego aqui no Brasil, principalmente no Rio Grande do Sul, é muito grande e surgiu essa oportunidade de fazer esse concurso. Não pensei duas vezes, aí fiz a inscrição, fiz o concurso e consegui passar. Talvez não fosse aquilo que eu desejava, mas no momento era o que tinha. E graças a Deus estou gostando. Se não gostasse eu teria saído, mas um ponto importante

que é carreira do Agente Penitenciário é a estabilidade, é funcionalismo público. É estabilidade, porque a gente vê aí tanta gente com nível superior aí e não tem emprego, tem falta de emprego, então a gente tem que fazer aquilo que gosta, mas se não der tem que assumir aquilo que for melhor para a gente mesmo".

Administrador 5 – "Com sinceridade, o primeiro passo foi a busca de um trabalho que me desse estabilidade. Aí, de todos eles, assim, o que mais me chamou a atenção, na época, foi o sistema penitenciário. Aí eu entrei e com o passar do tempo eu fui gostando [...]".

Administrador 6 – "É uma boa pergunta! Principalmente a estabilidade. [...] Atuei [outra função] e vi ceifado de oportunidades dentro da região, até porque o momento que eu passava – passei por casamento, tive... veio a vida de filhos, então ficou difícil pra mim sair da própria região e aí eu achei por bem até tentar a uma carreira pública, um cargo público. No momento, o que surgiu foi a de Agente Penitenciário e eu não me arrependo. Eu tenho hoje quase certeza que apesar de não existir a vocação pra Agente Penitenciário, gosto do que faço e faço com muito amor."

Mesmo para aqueles que alegam uma inclinação inicial pela área da segurança pública, o ingresso no sistema prisional é apresentado muito mais como uma coincidência, através da abertura de um concurso, do que uma busca deliberada por uma vaga neste setor.

Administrador 1 – "Na verdade foi por coincidência. Abriu o concurso. Eu jamais esperava trabalhar em presídio. Eu sempre gostei da área de segurança, mas eu jamais esperava trabalhar em presídio. Abriu o concurso e eu fiz, passei e hoje eu gosto do que eu faço."

A recorrência da afirmação de que agora "gosto do que faço", ou mesmo "passei a gostar", sugere-nos uma defesa afirmativa contra a (mascarada) não escolha profissional; mais necessária ao próprio momento de se estar no cargo de Administrador do que ao cotidiano do Agente Penitenciário; um apaziguamento da não escolha, ou da escolha compelida, através da afirmação de um "gostar" e

"passar a gostar" que, por sua vez, também compele e exige o assumir de riscos e desafios como forma de se exteriorizar.

Em face disso, mesmo que seja indubitável que o atingir a posição de Administrador envolva um desejo comum de ascensão na carreira de servidor penitenciário, o que se faz mais presente na fala dos entrevistados é o desafio e a sobrecarga de responsabilidades diante da realidade do sistema prisional.

Administrador 1 – "[ter chegado ao cargo de Administrador] Profissionalmente é uma vitória, porque dentro da carreira são diversas etapas [...] eu estou satisfeito comigo mesmo, foi até um desafio administrar esse presídio, que era bem complicado na época que eu assumi aqui. Estava meio desorganizado. Então hoje eu me sinto vitorioso porque dentro das condições que me deram, está mais ou menos organizado; dentro das pouquíssimas condições que dão pra gente trabalhar."

Em seqüência este entrevistado explicita com maior contundência o significado do "desafio" de administrar um presídio:

Administrador 1 – "[...] a gente tem 1% do que a gente precisa. A gente precisa de viatura, precisa de bastante funcionário, precisa de condições de trabalho e não temos. A gente trabalha com nada. Não temos a viatura. Nós temos uma viatura e a outra está estragada. A gente não tem armamento suficiente, não temos meios de comunicação. Tudo falta. São as audiências... hoje mesmo tinha [...] audiências, eu cumpri hoje uma. Eu vou ter que dar uma satisfação pro judiciário do porquê que eu não fiz. Tudo é... a gente trabalha com o mínimo do mínimo, então é um desafio, né? É um desafio. Tem que gostar. Se não gostar não vale a pena."

A discrepância entre as condições ideais de trabalho e a realidade do sistema penitenciário é um dado relevante na condição concreta do Administrador e amplia o desafio que se deve assumir na perspectiva de uma ascensão profissional (mesmo que temporária); e denunciá-la, quando se tem a oportunidade da fala, representa algo importante para os membros dessa categoria invisibilizada.

Administrador 4 – "Assim... a gente luta pra ser um diretor ou subir. Então, quando a gente chega naquela altura ali, de diretor, antes de tu assumir... *tá gravando aí?* Antes de tu assumir tu tem uma idéia, depois que tu assume é outra idéia, porque antes de tu assumir te oferecem tudo, depois tu assume e tu assume com a miséria, entendesse?" (grifos nossos).

Assim como esta, outras falas nos surgem – ao dar-mos voz aos Administradores – como uma oportunidade de desmistificar estereótipos negativos que permeiam o imaginário social a respeito dos servidores penitenciários; antes de mencioná-las, é válido recordar as observações de Drauzio Varella, no sentido de que não se trata de "transmitir uma visão romântica desses homens, mesmo porque alguns não valem defesa" (1999, p. 109), contudo, fazendo-se justiça, "há muitos guardas de presídio sérios, apesar da má fama da profissão, dos salários ridículos, do risco de contrair tuberculose, virar refém ou morrer na ponta de uma faca. Não fossem eles, seria impossível tocar a cadeia" (1999, p. 111).

Entrevistador – "Dentro da sua carreira de servidor penitenciário, o que representa chegar ao cargo de Administrador?

Administrador 5 – "[...] representa assim... eu ter condições de fazer alguma coisa pra melhorar o sistema porque não adianta só eu ter interesse, ter vontade e não ter autoridade ou não ter condições de ter acesso a expor idéias, a poder pôr em prática essas idéias. Quer dizer, melhorar o sistema penitenciário, melhorar o local de trabalho. Eu sempre costumo dizer assim: o que eu faço hoje, como nós não temos um plano de carreira,... hoje eu sou um representante do presídio, amanhã eu vou voltar ao plantão. Posso estar no plantão de novo. É uma seqüência lógica, então, quer dizer, o que eu fizer hoje eu vou tá preparando o sistema, eu vou tá preparando o lugar, a estrutura do prédio ou a disciplina do preso ou a parte psicológica do preso. Enfim, para que eu possa voltar, ir pro plantão e ter esse local... o melhor local possível para trabalhar. Pra mim uma das coisas é isso aí, a outra é poder fazer coisas assim... eu gosto de trabalhar, eu sou Agente Penitenciário e administro porque eu gosto. Eu gosto de fazer as coisas e de poder ajudar, de poder

lutar por alguma coisa melhor para alguém. Então, é uma das coisas assim... pode até parecer ser uma hipocrisia e tal porque nessa correria desenfreada da vida as pessoas não pensam nisso, elas pensam é: vou me arranjar na vida, vou fazer meu lado... mas é uma das coisas que eu gosto".

Administrador 2 – "Eu particularmente, quando eu fui chefe de segurança e substituto por um prazo de [...] anos, antes de eu tomar posse aqui, era uma coisa que eu sonhava. Era uma coisa que eu sonhava de [assumir] a responsabilidade, uma maior responsabilidade, e tomar algumas decisões... que por muitas vezes a gente às vezes é chefe de segurança, tem idéia, mas muitas vezes não é o que o administrador acha... então, a gente acaba respeitando porque existem hierarquias."

"Estar" Administrador, portanto, implica uma conquista, uma ascensão e, porque não, um desejo de poder correlato à posição que se passa a ocupar na estrutura burocrática do sistema prisional; contudo, se no imaginário social é um "poder ilimitado" que se vincula à figura do Administrador, na realidade descrita por eles, é a responsabilidade que se acha em estado de sobrecarga:

Administrador 1 – "Eu acho que ser um Administrador de presídio tem mais é responsabilidade do que poderes, porque na verdade o Administrador do presídio, ele administra o prédio e as pessoas que estão dentro dele. Muitas vezes o nosso poder é limitado. Que nem essa situação de ontem. Eu fico com os braços atados.[4] Eu estou vendo que o presídio está inclinando, está estourando, e eu não

4. No dia anterior à entrevista o Presídio havia enfrentado uma situação de iminente fuga. A seqüência da fala do Administrador explicita como, e porque, ele se sente de "braços atados": Administrador – "Eu dependo sempre de alguém para resolver a minha situação aqui, no caso, eu tenho que tirar uns elementos daí que vai acalmar o presídio e evitar que venha dar uma rebelião, dar alguma coisa, só que eu não posso fazer isso. Eu sei que essa é a solução, mas eu dependo do Juízo da Vara de Execuções que não tem problema nenhum, porque está sempre pronto a colaborar. Só que depende de outra comarca que receba, aí o juiz não recebe e nós ficamos com os presos, com problema aqui dentro do presídio. Então, o administrador, na verdade, ele tem mais obrigações do que poder. Não tem poder nenhum. Eu não vejo esse cargo como um poder [...].

tenho força para resolver a situação. Eu estou aqui dentro e eu sei, sei qual é o melhor caminho para resolver essa situação e eu fico com os braços atados. E eu tenho mais obrigações do que poderes".

Administrador 3 – "[ser Administrador] é assumir toda a responsabilidade; com preso, com colegas, com todos e... ter confiança. Em primeiro lugar eu acho que é a confiança que eles depositam na gente, a direção da SUSEPE, e tem sempre uma parte que fiscaliza a administração das casas. No nosso caso, assim, seria o nosso Delegado Penitenciário [...], que é o Delegado Regional da 5ª Região. Ele fiscaliza qualquer coisa errada que houver. Ele vem pra conversar, pra apurar os fatos".

Administrador 4 – "Tu é responsável por [...] presos, tu é responsável pelo todo o corpo de funcionário que tem aí, tu é responsável pela comida, tu é responsável por tudo, tchê!".

Administrar um estabelecimento prisional é ser responsável por tudo e assim ser fiscalizado. No Brasil é, via de regra, gerir a precariedade concreta do sistema: sua falta de recursos materiais e humanos; sua superlotação; e todos os conflitos que são favorecidos pelas precariedades conjunturais e pelas privações inerentes ao cárcere.

Para o setor político da administração pública, para a sociedade em geral, presídio bom é presídio calmo – já nos disse um dos entrevistados: "[...] e eu não tenho problema nenhum. Aí eu não vejo o pelotão de choque no noticiário, que entrou no presídio; eu não vejo transferência; não escuto no noticiário: 'transferência de presos'. AÍ as pessoas dizem: Pô! Essa cadeia é uma maravilha!" (Administrador 1) – mas os problemas concretos do dia-a-dia das privações carcerárias estão na mão de quem? E quais os efetivos poderes políticos que este tem?

Administrador 2 – "Hoje eu recebo ordens do Delegado, que recebe do Diretor, que recebe do Superintendente... então, muitas vezes as normas chegam e são repassadas aos Agentes que não concordam. [...] Eu não posso, eu cumpro ordens, se eu fizer... porque eu tô descumprindo uma portaria qualquer, uma

ordem circular... eu posso ser punido. [...] Nós somos apenas Administradores de uma casa como o cidadão é gerente de uma loja. Eu administro, gerencio. Então eu administro, algumas coisas eu posso baixar internamente [...] mas jamais descumprindo as ordens do órgão central."

3. Tornar-se e estar administrador: paradoxos de papéis e formação... amadurecimentos

Tornar-se Agente Penitenciário e se tornar Administrador é muito mais do que alcançar, por concurso ou por alguma outra forma de contratação, um cargo... A formação do Agente Penitenciário e, no caso aqui enfocado, do Administrador que é Agente Penitenciário em sua origem, representa mais um paradoxo no enfrentamento das complexidades carcerárias.

Ainda não é regra no Brasil a existência de uma formação específica para o servidor penitenciário. Este quadro talvez se altere; contudo, os reflexos da carência de uma educação e formação para o serviço penitenciário ainda se farão sentir por muito tempo, assim como não são poucas as dificuldades em conciliar perspectivas verdadeiramente pedagógicas, para um saber profissional, com a realidade contraditória dos cárceres, como lugares de exclusão e contenção de liberdades.[5]

Em sua pesquisa sobre a "construção da identidade profissional entre Agentes Penitenciários", Pedro Bodê de Moraes (2005) destaca, através da fala de seus entrevistados, dois pontos cruciais no tópico: a) a disparidade entre os cursos

5. Até 2005 apenas os estados de Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo possuíam escolas para formação de servidores penitenciários. Este quadro está sendo alterado por fomento do DEPEN/MJ (Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça): em 2005 foram implantadas oito novas escolas, nos estados do Pará, Rondônia, Piauí, Sergipe, Paraíba, Espírito Santo, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; em 2006, foram destinadas verbas para a implantação de seis novas escolas, em Pernambuco, Ceará, Alagoas, Rio Grande do Norte, Goiás e Amazonas. Em similar sentido o DEPEN/MJ atuou na consolidação dos seguintes documentos: Educação em Serviços Penais – Fundamentos de Política e Diretrizes de Financiamento, Matriz Curricular Nacional para a Formação do Pessoal Penitenciário, e, Guia de Referência para a Gestão da Educação em Serviços Penais.

de formação e a realidade carcerária; b) o protagonismo de um aprendizado que se faz pelo repasse da experiência do Agente mais antigo ao mais novo. Este último aspecto é fundamental na crítica de Tânia Maria Dahmer Pereira, quando questiona a possibilidade de se atribuir um *status* de profissão ao serviço penitenciário:

"Se o conhecimento do agente de segurança se elabora a partir da experiência cotidiana e é transmitido aos seus pares, obviamente que o faz a nível do empírico, do sensível, fortemente influenciado pela ideologia, isto é, pela maneira que cada um justifica sua relação com o preso e sua presença nessa atividade laborativa." (1991, p. 158)

Assim, mesmo em estados como o Rio Grande do Sul, no qual existe um esforço na formação dos Agentes Penitenciários e atividades (cursos, encontros) de apoio aos Administradores, o conhecimento empírico ainda se sobrepõe a uma formação profissional mais especializada.

Administrador 3 – "[...] A gente faz uns cursos que a SUSEPE oferece, mas isso aí a gente vai mais é na prática. No dia-a-dia da cadeia que a gente vai conquistando a confiança das outras pessoas, demonstrando a capacidade, o trabalho, a honestidade, tudo isso influi pra ser um administrador".

Administrador 2 – "[...] Busquei isso, até pela questão de que com o passar dos anos a gente aprende como administrar, como lidar com as pessoas, como lidar com os papéis, como... toda a parte burocrática, né?"

Administrador 4 – "[...] eu tentei subir para saber tudo. Tudo eu não entendo... não é que eu não entenda, é que eu não me dediquei na parte da papelada, no setor que aquela menina trabalha [...], mas sei fazer, mas nunca me dediquei aquilo ali [...]."

A compreensão de que existem diferenças nas habilidades e competências que se exigem de um Administrador, em correlação ao papel do Agente Penitenciário – e que aquelas não são uma decorrência "natural" do bom desempenho deste – aparece como um elemento importante para que a forma de acesso ao cargo seja modificada.

Administrador 3 – "Tu ia te preparar bem melhor com concurso específico, por exemplo, para Administrador. Que as vezes tem Administrador que conhece a parte prática, de dentro da cadeia, as vezes não conhecem os papéis, a parte burocrática, ou então conhece os papéis e conhece pouco a cadeia. [...] Acho que seria importante um concurso específico pra Administradores."

Tornar-se Administrador tende a envolver um processo de compreensão mais madura da complexidade das instituições carcerárias e dos paradoxos entre as expectativas de segurança e tratamento que o ordenamento jurídico imputa como finalidades da execução penal. Este trânsito maturador, se possivelmente benéfico para o Administrador em si, que passa a ver o sistema prisional não somente com os olhos do "guarda" (como assim via de regra foi formado no cotidiano da função de Agente Penitenciário), não deixa de ser fonte de conflitos, sobretudo com a sua categoria de origem (e para a qual retornará a qualquer momento).

Administrador 2 – "[...] por nós... por eu ser Agente Penitenciário, ter saído do corpo da guarda de segurança e me tornar um Administrador... muitas vezes nós estamos na condição de agente de guarda, nós não temos idéia da dinâmica que se trabalha. [...] Então, às vezes o guarda fica descontente com as decisões; Muitas vezes... E dizem: Ah! Porque tu era Agente, porque tu tava lá, tu não te esquece que amanhã tu tá voltando a ser Agente. A gente ouve seguidamente isso."

A perspectiva de um amadurecimento em relação à complexidade do sistema prisional tende a se revelar na compreensão do trabalho das equipes técnicas (Psicólogos, Assistentes Sociais, Advogados); e na capacidade de estabelecer espaços de negociação e mediação entre os grupos intra-carcerários. Contudo, não deixa de existir um resquício do foco principal na disciplina e na segurança, como uma marca registrada da formação de Agente Penitenciário. Comentando sobre a "mediação" realizada entre a resistência dos Agentes ao trabalho da Equipe Técnica, um dos entrevistados apresenta esse resquício bastante destacado em sua estratégia de argumentação:

Administrador 2 – "Mas com o passar do tempo foi se trabalhando em cima disso, tentando a administração mostrar pra eles [Agentes Penitenciários] da importância, porque se mantém o preso muito mais calmo. Ele tendo um atendimento... ele tendo um retorno, até jurídico também, se mantém ele com mais tranqüilidade dentro da casa prisional, do que se manter um preso extremamente fechado, sem atendimento nenhum."

Mas este resquício de identificação prioritária com a categoria original – Agentes Penitenciários – não fará com que, como já dissemos, seja com esta que os paradoxos administrativos se apresentem menos vulneráveis.

4. Estar administrador: vulnerabilidades e negociações

Se existem grupos distintos dentro dos ambientes sociais carcerários – Presos (e diferentes grupos de Presos), Agentes Penitenciários, Equipes Técnicas – o grupo ao qual o Administrador gaúcho é mais vulnerável é o dos Agentes Penitenciários; e isto, como vimos apontando, em face de sua própria pertença de origem no mesmo.

Administrador 1 – "É mais difícil administrar o colega do que o preso. Tu administra dois mil presos tranqüilamente e não administra 50 colegas, porque cada um tem uma visão diferente da situação, então, tu tens que administrar tudo aquilo, tu tem que,... porque se tu for tocar numa linha reta tu vai bater de frente com todo mundo, e se tu não tiver o grupo do teu lado aí não anda, porque para manter uma cadeia em ordem tu leva dez anos, agora, para explodir uma cadeia é em minuto.

[...]

Ninguém consegue administrar mandando sozinho. Não existe. O cara que disser que vem aqui e administra o presídio empurrando as coisas goela a baixo dos Agentes, ele não dura. Não dura porque eles fazem um... armam um bolo aí dentro. Ligeirinho a cadeia está pegando fogo."

Mas esta vulnerabilidade não é apenas em relação ao trabalho como Administrador; trata-se da vulnerabilidade de um retorno à situação anterior, como Agente Penitenciário; trata-se, pois, do risco de sofrer represálias por parte de uma nova Administração, cujos integrantes se sentiram afetados, negativamente, pelas atitudes do ex-Administrador, agora novamente Agente:

Administrador 3 – "[...] tem muitos colegas que assumem o posto de Administrador e mudam totalmente e outros não. Aí tem que olhar eles e dizer pra eles na cara: Olha, tchê! Tu tá aí durante quatro anos, depois tu vai voltar, tu é chave... isso e aquilo. Então, há uma certa diferença assim, de Agente... de Administrador pra Agente, mas a gente procura fazer o serviço sem prejudicar ninguém. A gente sabe que amanhã ou depois a gente vai voltar a trabalhar com eles, com os outros colegas. Então, a gente procura fazer da melhor maneira possível."

A ciência dessa vulnerabilidade do Administrador (que marca o Sistema Penitenciário gaúcho) não é, contudo, exclusiva do grupo dos Agentes Penitenciários. Todos os grupos intra-carcerários sabem dessa fragilidade. Todos, potencialmente, podem tirar proveito.

Administrador 5 – "Todos os grupos... tanto o grupo do preso, sabem mais, as vezes, da administração do que a própria administração e tanto do técnico, quanto do pessoal da segurança, eles sabem: olha hoje ele está aí administrando, amanhã ele vai tá comigo aqui, então, se não buscar a cumplicidade deles para trabalhar, eles simplesmente só... faz, não faz, vai, vai, vai gerar uma insatisfação tanto nos teus superiores. Que administram porque não vai funcionar a casa, porque as coisas não vão andar e báh legal! É fácil chegar lá, troca, tira o fulano, bota o sicrano e vamos mudar porque não existe estabilidade, quer dizer, ele vai sair dali, vai levar pra lá, só troca de casa, de presídio, e vai trabalhar na segurança, na chave com diz a gíria."

E mesmo que os entrevistados busquem se excluir dos efeitos perversos destas pressões e vulnerabilidades – até mesmo numa atitude de autoproteção, sobretudo de sua imagem de homem e de Administrador íntegro – todos

projetam a possibilidade destas afetarem a postura de alguma outra administração:

Administrador 2 – "Agora, essa instabilidade de amanhã trocar o governo e sair, isso acredito eu, que em alguns administradores cause insegurança. Porque nós cobramos, nós recebemos ordens, nós cobramos e a cobrança causa descontentamento; nem sempre vai soar bem nos ouvidos das pessoas. E esse descontentamento... quando mudar vai ser a pessoa que estava descontente a assumir e o que vai ser? A represália, esse é o receio, né? Mas eu, particularmente como tinha te dito, eu não!"

Não há dúvida, entretanto, de que em nossa realidade a posição dos Administradores se situa num frágil equilíbrio, o qual exige estratégias de mediação entre os grupos carcerários.

Nesse sentido, e novamente se focando as especificidades do Sistema Penitenciário Gaúcho, convém se destacar que a recente ampliação das Equipes Técnicas (Assistentes Sociais, Psicólogos e bacharéis em Direito) – ampliação que vem ocorrendo desde o início da atual década – provocou um reforço e um redimensionamento da exigência de atuação "mediadora" dos Administradores. As Equipes Técnicas, uma vez sendo responsáveis pela chamada individualização da pena, bem como possuindo o compromisso legal de atuarem no tratamento "(re)formador" do apenado, conforme os termos dos paradigmas da recuperação, agora com uma presença mais efetiva nos estabelecimentos prisionais, tornaram cotidianas as rotinas paradoxais entre os fins de vigiar e punir e os de "tratar" e "(re)inserir".

No contexto das finalidades e rotinas antagônicas, compete ao Administrador mediar os conflitos entre as perspectivas desses dois grupos de funcionários:

Administrador 1 – "Hoje a Equipe Técnica está mais junto dos Agentes. Porque logo que começou a trabalhar nos presídios, era só o Agente, então, chegaram aquelas pessoas estranhas. Era aquela desconfiança. A Equipe Técnica lá e os Agentes aqui. Hoje não, já tem esse... mas mesmo assim sempre tem aquela

distância entre o Agente e a Equipe Técnica. Tu tem que saber como lidar com a Equipe Técnica e tu tem que saber como lidar com o Agente. Tu não vai querer exigir do Técnico que ele tenha o mesmo comportamento do Agente. O Agente é a segurança. E tu não vai exigir do Agente que ele tenha o mesmo comportamento do Técnico, que a visão dentro do presídio é totalmente diferente. Às vezes o pessoal cobra da Equipe Técnica. Eu digo: Tchê, o Técnico,... ele tem uma função, tu tem outra. Não adianta tu querer exigir que um Técnico passe 24 horas dentro do presídio. Fique preso dentro do presídio. Porque ele tem trabalho, tem reuniões, ele tem diversas coisas aí fora em função do presídio. Ele vai resolver problemas aí fora em função do presídio. Já o Agente, ele está no plantão 24 horas, porque ele está em um posto, ele está cuidando da segurança do presídio, então, ele não tem como se afastar. Então, são situações diferentes."

A perspectiva distinta das funções de segurança, num contraponto com as perspectivas de tratamento, sendo estas afetadoras da eficiência daquelas está, portanto, no cerne do conflito entre os Agentes Penitenciários e as Equipes Técnicas. Não obstante uma nova geração de agentes já venha sendo formada dentro de uma visão mais dialógica entre essas finalidades (se é que é possível um diálogo entre as mesmas que não seja meramente um apaziguamento disciplinador) a atuação "mediadora" dos Administradores ainda é necessária.

Administrador 6 – "O Agente Penitenciário, principalmente o Agente Penitenciário antigo, ele é um pouco fechado pra essa parte da questão técnica, questão de Assistente Social, Psicóloga. Ele foi talhado, na realidade, pra segregar apenas, bem diferente do Agente Penitenciário atual, que tem uma mentalidade nova, são pessoas que já tem curso superior, pelo menos a grande maioria, tem uma nova visão do sistema prisional. E sabe-se hoje que tu não trabalha mais no presídio se não tiver um corpo técnico atuante com Psicólogo, Assistente Social, Médico, Odontólogo,... e... são cargos novos, que surgiram a pouco tempo, então, sempre existe aquela questão da segurança, do Agente Penitenciário, por exemplo, ele tá num posto, ele não quer liberar um apenado pra ir até o corpo técnico. Ele acha

que o apenado segregado... ele tem que tá preso, que não tem que ter remessas de corpo técnico e aí surge esse conflito e a gente tem que entrar no meio pra tentar remover essas idéias do pessoal."

Mesmo que exista um crescente reconhecimento da importância do trabalho das Equipes Técnicas, voltamos a insistir que a origem do Administrador, estando vinculada à categoria dos Agentes Penitenciários, tende a produzir mediações que reforçam o conteúdo da segurança, sinalizando, pois, que o diálogo existente entre os grupos é um diálogo de tolerância, mediado pelo objetivo da segurança e da disciplina, na medida em que as atividades dos técnicos se demonstrem apaziguadoras dos apenados.

Assim, a explicitação de uma meta que se configura como segurança e disciplina faz da "mediação" que os Administradores conduzem não um procedimento internalizado como um *habitus* da categoria, mas sim como uma estratégia. A percepção de que os Administradores, pela fragilidade da posição que ocupam e tendo em vista os paradoxos que estão sob suas gestões, necessitam desenvolver estratégias para assegurar as frações de seu poder e o alcance de suas metas se revela muito importante para a compreensão da atuação destes no jogo carcerário que os envolve.

5. Administrar um presídio é capitalizar disciplina

Lançar um olhar sobre os estabelecimentos prisionais da 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul significa, em primeiro lugar, reconhecer a diversidade dos contextos sócio-políticos, econômicos e geográficos dos municípios que compõem essa região penitenciária e, especial, daqueles nos quais se localizam os estabelecimentos. Ainda que exista certa homogeneidade na região quanto a sua base econômica vinculada ao setor primário, sendo, também, fortes os traços sócio-culturais da sociedade patriarcal e machista, existem diferenças significativas entre os municípios.

No que se refere aos que possuem estabelecimentos prisionais, destaca-se o fato de Pelotas, com cerca de 338 mil habitantes, ser o município pólo da região e de Rio Grande, com cerca de 193 mil habitantes, possuir um importante porto marítimo. Os demais municípios são de menor porte, todos com população inferior aos 65 mil habitantes. Camaquã, com cerca de 63 mil habitantes, é o município (desta região penitenciária) mais próximo da capital do estado, fator que influi no perfil de sua população prisional; Jaguarão (cerca de 31 mil habitantes) e Santa Vitória do Palmar (aproximadamente 34 mil habitantes) são municípios de fronteira com o Uruguai, entretanto o segundo possui a peculiaridade de ser fronteira seca; Canguçu, com cerca de 52 mil habitantes, é marcado por sua especificidade fundiária, sendo um dos municípios brasileiros com maior número de minifúndios, apresentando, portanto, população significativamente rural.

Tais diversidades tendem a influir no perfil dos encarcerados, seja em termos da tipologia criminal-legal, seja em termos das dinâmicas informais desenvolvidas, ainda que confluam, nestes perfis, os critérios comuns de seletividade do Sistema de Justiça Criminal e as características gerais das dinâmicas carcerárias.

Também os estabelecimentos prisionais desses municípios apresentam características distintas, não obstante todos apresentem superpopulação carcerária. O Presídio Regional de Pelotas possui uma população de cerca de 590 apenados; no Presídio Estadual de Rio Grande a marca atinge os 700 apenados, sendo um dos maiores do Estado; em Camaquã a população carcerária flutua no entorno de 150 apenados, sendo que os demais estabelecimentos não superam os 100 apenados.[6]

Mas, se por um lado existem diferenças em administrar estabelecimentos de portes distintos e cujas populações carcerárias refletem também características regionais de maior ou menor contato com a chamada "criminalidade habitual ou

6. Estes dados correspondem ao período em que foi realizada a pesquisa de campo, ou seja, julho a agosto de 2005.

profissional", essas diferenças tendem a ser destacadas a partir das vantagens que um grupo menor de apenados oferece para as atividades de manutenção da ordem e da segurança, ou seja, para o controle disciplinar.

Administrador 3 – "[...] o número de presos é bem menor, é mais fácil de tu saber quem é que esta se comportando mal [...] se tem um preso que tá encontrando, o que a gente faz? A gente vai lá e tira ele, procura transferir; pra não estragar as cabeças dos outros presos; pra não estragar o andamento do serviço, a rotina da cadeia.

Administrador 4 – "[...] não que não existam situações adversas que nem os outros presídios é que o presídio aqui, são [...], é um corredor só, tu mantém o controle do corredor com esse tipo de coisa e tu negocia com eles."

Não obstante isso, a estrutura disponível (seja de recursos materiais, seja de recursos humanos) também tende a ser menor nesses estabelecimentos de pequeno porte; contudo, percebe-se que sendo as estratégias informais as que maior importância assumem para o Administrador, tal carência de estrutura é compensada pelas possibilidades de uma relação mais próxima com cada apenado.

Administrador 5 – "É melhor um pequeno, embora o grande te dê muito mais estrutura para trabalhar, mas o pequeno é bem melhor. É bem melhor porque se tem conhecimento mais detalhado de cada personalidade. Eu conheço preso por preso. [...] em um presídio grande, nem os das atividades laborais, que são aqueles que estão mais freqüentemente em contato com a guarda, como se diz, na gíria da cadeia, a gente não consegue conhecer porque são inúmeros. Aqui eu tenho privilégio de quando o preso entra eu já saber de onde ele tá vindo. Tenho a oportunidade até de entrevistá-lo na chegada. E é aí que eu já vejo a história de família dele; a história de vida própria, individual dele; então, dá pra ter uma idéia, então, essa é a facilidade que eu gosto muito mais do presídio pequeno."

Mas a carência de recursos só agrava as dificuldades administrativas que são inerentes às próprias incongruências que estão na gênese instituição carcerária moderna. A imposição de uma finalidade ética e racional que a modernidade exigiu

à sua penalidade básica, e que produziu, no dizer de Michel Foucault, durante muito tempo textos criminológicos sem "pé nem cabeça" (1993, p. 138), também produziu uma instituição com objetivos organizacionais incompatíveis – punir e recuperar – e em cujo seio convivem, de forma inevitável, estruturas formais e informais de poder.

Sob esse ponto de vista, não obstante as peculiaridades socioeconômicas e culturais já mencionadas dos municípios e das populações que compreendem a área de abrangência da 5ª RP-RS, as sociedades de cativos que estão sob a gestão dos Administradores entrevistados possuem, desde seus aspectos estruturais e, sobretudo, em suas dinâmicas relacionais, pontos em comum com as demais já analisadas em outros estudos e descritas a partir de estabelecimentos prisionais de maior porte ou localizados em grandes centros urbanos.

Se talvez a noção de facções internas que disputam e exercem o poder informal nas dinâmicas carcerárias, como uma noção que nos aproxime dos Comandos existentes em estados como Rio de Janeiro e São Paulo, seja exagerada para descrever as estruturas e relações de poder nos estabelecimentos da 5ª RP-RS, não deixaremos de encontrar nessas os grupos organizados que disputam o poder entre si e em concorrência com o poder formal dos Administradores e de sua estrutura burocrática de gestão.

No Presídio Regional de Pelotas e no Presídio Estadual de Rio Grande, centros urbanos de maior porte na região, os grupos internos tendem a se consolidar a partir dos bairros de origem de seus membros. Nos demais estabelecimentos a gênese dos grupos de poder informal é mais eventual e, via de regra, não chega a haver disputa de grupos entre si, mas sim a formação de um grupo – muitas vezes liderado por um apenado oriundo (por transferência) de estabelecimentos maiores – o qual concorre com o poder formal da Administração e busca subjugar os demais apenados na busca de privilégios formais e informais.

Se a gênese das estruturas informais de relação e poder no interior da sociedade dos cativos tende a ser inerente aos estabelecimentos prisionais, sempre

afetando e desestabilizando o controle disciplinar formal, nas realidades brasileiras a precariedade, sobretudo material e espacial, dos estabelecimentos somente agrava tal controle.

Administrador 1 – "Eu acho que a situação está meio fora de controle lá fora. E aqui dentro eu... é pensamento meu: Eu acho que no presídio, a disciplina deveria ser mais rígida. Não é torturar o preso, não é bater no preso, não é... Mas é assim... nos darem mais apoio para a gente trabalhar, fazer com que eles cumprisse uma disciplina rígida. E nos dessem condições porque uma cela que é para quatro presos eu tenho 15. Como é que eu vou exigir que o cara mantenha a cela limpa, que ele não coloque nada na janela, que ele não,... que deixe a cama arrumada, que ele esteja de pé na hora que eu vá entrar para fazer a conferência, se tem gente amontoada por tudo que é canto e eu não tenho como proibir isso, porque no espaço, no chão, eu não tenho como colocar 15 presos, então, a gente tem que... fazendo vista grossa, que... vai amontoado eles aqui e isso revolta eles também."

O fato de administrarem, e mesmo de estarem inseridos, em configurações concretas – paradoxais em suas finalidades, estruturalmente conflitivas em sua organização e revoltantes em sua realidade – impede que as condições do jogo desenvolvidas pelos Administradores se assemelhem às de outros operadores do sistema, tais como Magistrados e Promotores, os quais podem buscar na lei uma máscara de sentido para seus atos e intervenções, numa busca de manutenção da aparência de neutralidade de sua posição. Os Administradores dão claro sentido aos seus atos: estes são estratégias para a manutenção da segurança e da disciplina necessária ao apaziguamento dos antagonismos entre os poderes formais e informais inerentes aos ambientes carcerários.

A "criatividade" legalmente permitida para os Administradores desenvolverem suas estratégias, entretanto, está balizada por limites muito estreitos de atuação. Assim, se retomamos a fala introdutória deste artigo...

Administrador 1 – "Existem duas maneiras de administrar uma cadeia: a primeira é a gente gostar, vestir a camiseta e seguir aquela linha... ser honesto. A

outra maneira... eu posso fazer o seguinte: eu pego cinco, seis presos; dou toda a regalia para eles, formo uma prefeitura dentro do presídio, e o restante vai andar tudo quieto porque eu autorizo aqueles cinco, seis presos a bater nos caras, a fazer tudo o que eles querem, montar o mundinho deles ali, ter todas as regalias... e eu não tenho problema nenhum [...]."

Resta saber quais os tipos de estratégias é que permitem que o Administrador ainda se considere honesto, andando na linha, vestindo a camiseta, sem, contudo, perder de vista obtenção da disciplina e da segurança, no desequilibrar, mesmo que de forma tênue a seu favor, da correlação de forças que enfrenta.

Seguindo os resultados da pesquisa através da qual coletamos as entrevistas com os Administradores dos presídios da 5ª RP-RS (CHIES, 2006), bem como de outras que temos coordenado junto ao GITEP/UCPel – Grupo Interdisciplinar de Trabalho e Estudos Criminais-Penitenciários, da Universidade Católica de Pelotas – (CHIES, et alii, 2001), podemos considerar como correto afirmar que os Administradores, ao focalizarem seus esforços no controle disciplinar dos apenados e dos estabelecimentos carcerários, equilibram a fragilidade de seu poder formal através de estratégias de negociação e mediação com as instâncias de poder informal da sociedade carcerária. Para eles, a capitalização da disciplina – conduzir o apenado ao interesse de ver a disciplina como um capital necessário para o acesso à liberdade – revela-se como uma importante estratégia, na medida em que através dessa favorece o controle social e o controle das tensões e conflitos intra-carcerários.

Os institutos da execução penal, tais como a remição, as saídas temporárias, permeiam e redimensionam este jogo de capitalização disciplinar, criando-lhe novas máscaras de tolerabilidade.

A remição, por exemplo, como instituto que permite a criação de "haveres temporais" para o acesso à liberdade, mas, por outro lado, como instituto que em concreto só é acessível através do trabalho validado pelo sistema de execução penal – seja em face das escassas vagas de trabalho existentes nos presídios, seja pelos

critérios disciplinares adotados para a atribuição dos postos de trabalho aos presos, por parte das Administrações –, acaba por ser uma máscara de tolerabilidade às estratégias de controle desenvolvidas pelas instâncias formais de poder que se vinculam à execução das penas privativas de liberdade.

As saídas temporárias, que por sua vez só serão renovadas mediante a manutenção de significativos níveis de autocontrole e disciplina – lembre-se que é o próprio preso que "espontaneamente" retorna ao ambiente carcerário após a saída –, igualmente mascaram, com argumentos legais e "humanizantes", estratégias de controle.

O importante, e o perverso, é que nesta(s) estratégia(s) de capitalização disciplinar – que tende ser a única possível para manter uma máscara de legalidade à administração dos paradoxos carcerários – as próprias carências do sistema prisional se tornam elementos relevantes; a ausência de postos de trabalho para todos os presos é algo necessário para que o trabalho gerador de remição seja um benefício ao disciplinado, e não um direito ao condenado!

Há, pois, por parte do sistema uma colonização disciplinar daquilo que, legalmente, é apresentado como elemento racional e coerente de um sistema (pseudo)legitimado de punição.

Aos Administradores, conscientes ou não desta colonização, somente resta, pelos paradoxos das configurações em que estão envolvidos, aderir, numa perspectiva de competência técnico-burocrática, às condições do jogo que lhes é exposto, ou, como nos lembra nosso entrevistado, assumir aquela outra forma de administrar.

6. Considerações finais

A menos que admitamos sucumbir às armadilhas da racionalidade moderna, às quais conduzem todos a uma expectativa de responsabilidade meramente técnica – e, como bem alerta Zygmunt Bauman: "A responsabilidade técnica difere

da responsabilidade moral, pelo fato de esquecer que a ação é um meio para alcançar algo para além dela mesma." (1998, p. 125) – a escrita de um artigo como este deve envolver também os questionamentos e a responsabilidade moral.

O cientista social se apropria da fala de seus entrevistados, dá-lhes um sentido em sua análise... por mais ético que seja – e no que se refere às questões penitenciárias qualquer deslize ético amplia vulnerabilidades –, expõe inevitavelmente ao julgamento externo mais os entrevistados do que a si mesmo.

Por tal, e pela leitura que se espera de um artigo como este, não é demais lembrar que o que aqui se fez não tem como expectativa gerar um julgamento acerca dos homens, dos Administradores, que nos concederam as entrevistas. Trata-se, sim, de os reconhecer inseridos numa configuração social que, por seus próprios paradoxos e pelos paradoxos da sociedade à qual corresponde, compele-os a "ser-estar-agir" dentro dos parâmetros e a partir das estratégias que ela própria (configuração social prisional) impõe para que se torne operacional. Trata-se, ainda, de com o apoio na fala desses agentes sociais, desnudar o fato de que a permanência dos paradoxos prisionais é uma decorrência maior da "natureza" dessa configuração social do que da intencionalidade deste ou daquele Agente ou Administrador.

Bauman, fazendo sua análise sociológica do Holocausto, bem como referenciado nas lições dos experimentos de Stanley Milgram[7] e Philip Zimbardo,[8] nos expõe que a "crueldade é social na origem, muito mais do que

7. Os experimentos de Stanley Milgram, realizados entre 1960 e 1963, tiveram por foco a obediência à autoridade, num contexto em que o sujeito da pesquisa (um voluntário, um "cidadão comum") recebia ordens que implicavam na aplicação de choques elétricos (os quais não sabia serem simulados) crescentes num aprendiz, a cada vez que este errava uma resposta de um teste de aprendizagem. Para um detalhamento completo do experimento consultar, a partir de nossa bibliografia: MILGRAM, 1980.

8. O experimento de Philip Zimbardo, realizado em 1971, pretendia simular uma prisão por 15 dias, sendo os papéis de "guardas" e presos ocupados por voluntários (cidadãos comuns). O crescente nível de deterioração das relações, inclusive com situações de perversidade provocou o término antecipado do experimento, no seu sexto dia. Para um detalhamento do experimento consultar <www.prisonexp.org>.

fruto do caráter" (1998, p. 194). Na configuração social prisão, é importante termos em mente, confluem os diversos elementos que favorecem esta gênese e produção social do mal; dentre eles: o estranhamento em relação à dignidade humana do preso (já que considerado o responsável por um ato ilícito, um produtor de rupturas no pacto social); uma "cadeia" hierárquica de autoridades que se impessoalizam, supostamente legitimada em seus saberes racionais-legais; a cobrança pela eficiência das metas organizacionais, sobretudo na relação de custos e benefícios.

Se não existem respostas simples aos paradoxos prisionais, pois que na prisão, como já destacava o pioneiro trabalho de Gresham Sykes – *The society of captives* (1958) –, os "defeitos" são mais estruturais do que resultados de inadequações individuais, às ciências que se debruçam sobre esta dimensão do controle social cabe mais buscar e desvelar estas tramas estruturais do que contribuir para culpabilizar categorias ou agentes individuais.

7. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão*: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. Porto Alegre: IFCH/UFRGS (Tese de Doutorado em Sociologia), 2006.

CHIES, Luiz Antônio Bogo et alii. *A prisionalização do agente penitenciário*: um estudo sobre encarcerados sem pena. Pelotas: Educat, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FRAGA, César. *Um dia na cidade do crime*. Disponível em: <http://www.sinpro-rs.org.br/extra/jun00/polemica3.asp>. Acessado em: 26 jan. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). *Execução penal (Lei n.*

7210, de 11 de julho de 1984). Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LOPES, Rosalice. *O cotidiano da violência*: O trabalho do agente de segurança penitenciária nas instituições prisionais. Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/PDF/Psicologia%20Juridica.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2003.

MILGRAM, Stanley. *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental.* Bilbao: Desclee de Brouwer, 1980.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção da identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

PEREIRA, Tania Maria Dahmer. Algumas considerações sobre o papel do Agente de Segurança Penitenciária. *Revista da Escola do Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, ano 3, n. 9, out.-dez. 1991, p. 157-160.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo*: 1822-1940. São Paulo: Annablume, 1999.

SYKES, Gresham M. *The society of captives*: a study of a maximum security prision. New Jersey: Princeton University Press, 1958.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru.* 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

4. O Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

A execução penal, a dignidade da pessoa humana e a humanidade da pena

C-157/2007.

Vistos.

O presente expediente foi iniciado em 23.10.2007, a partir do procedimento C-128/2007, que tramita perante esta Corregedoria dos Presídios, no qual foi constada a prática de maus tratos contra presos da unidade prisional conhecida como CDP II de Pinheiros. Através daquele procedimento foi possível observar que aquela prática não partia somente de funcionários da unidade prisional, havendo, também, indícios de maus tratos institucionalizados, por meio da permissividade de superpopulação carcerária.

Consta destes autos: documento que demonstra a evolução da quantidade de presos na unidade prisional nos últimos meses; ata de visita correcional judicial em período da noite, a fim de verificar as condições de repouso noturno; croqui com as dimensões da cela visitada; fotos tiradas dos presos durante o repouso noturno. Informações fornecidas pela direção da unidade prisional sobre a rede de água e esgoto; fornecimento de água; insuficiência de funcionários. Foram expedidos ofícios ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e à Secretaria da Administração Penitenciária, não respondidos. Foram juntadas

cópias das atas de visita correcional feitas à unidade prisional a partir de julho/2007 e de visita correcional feita para a verificação da situação de saúde da população penitenciária.

O representante do Ministério Público manifestou-se no sentido de que seja determina a regularização do funcionamento da unidade prisional através da redução da população carcerária aos níveis da normalidade.

É o relatório. Decido.

Preliminarmente

Justifica-se, inicialmente, que há, nesta corregedoria, outros procedimentos em trâmite, respectivos às demais unidades prisionais conhecidas como CDPs e sediadas nesta comarca de São Paulo-SP, sobre as quais já se sabe que a situação é tão grave quanto aquela tratada nestes autos. Todavia, os elementos de convicção existentes nestes autos estão em fase de produção mais adiantada que os demais, especialmente, a prova documental demonstrativa da quantidade de presos existentes na unidade prisional, a evolução desse número e a visita correcional realizada em fins de Novembro passado, são suficientes para as medidas que abaixo seguem determinadas.

Registre-se, também, que as demais unidades prisionais desta comarca – por estarem com os mesmos problemas decorrentes de superlotação – sofrem idêntica investigação, conforme ao final exposto.

Da questão humanitária

A situação na unidade prisional conhecida como CDP II de Pinheiros, sujeita a essa Corregedoria dos Presídios, é grave e exige medida urgente, a fim de assegurar: 1) a integridade física e moral dos detentos e; 2) o correto cumprimento da pena.

Conforme consta dos autos, a unidade prisional em referência possui capacidade para 512 presos. Por ocasião da última visita correcional, em 29.11.2007, contava com 1.599 presos, ou seja, mais de 03 vezes a sua capacidade.

É tranqüilo concluir que a situação é absurda e intolerável.

As celas inspecionadas na última visita correcional têm área bruta de 28,71 m2. Subtraídos os espaços ocupados pelas cinco fileiras de "camas" fixadas às paredes e a área do "banheiro", resta uma área útil (chão da cela) de 21,45 m2. Nestas condições acomodam-se até 40 presos, alguns dormindo suspensos (sobre os demais presos), em tecidos presos às paredes de modo a imitar uma "rede" de descanso.

As fotografias consubstanciam-se em veementes elementos de convicção. Os presos dormem amontoados, em condições muito favoráveis à desenvolver e disseminar doenças, as mais variadas, como por exemplo, enfermidades ortopédicas e doenças infecto-contagiosas, além de psiquiátricas por ausência de repouso. Nesse tema, à propósito, conforme consta da visita correcional realizada em 26.10.2007, a unidade prisional registrou epidemia de tuberculose em agosto.

Não se consegue imaginar como faz um preso quando precisa locomover-se durante o repouso noturno para ir ao "banheiro".

Foi expedido ofício à Secretaria da Administração Penitenciária solicitando informes sobre o dimensionamento da rede de água e esgoto da unidade prisional, mais precisamente, a fim de saber se foi previamente concebido para uma provável superpopulação carcerária ou se projetado para o número da lotação oficial de 512 presos. Também, foi expedido ofício solicitando informes sobre eventuais reformas nas redes de água e esgoto. Ainda, oficiou-se ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária solicitando informes sobre eventual determinação daquele órgão relativamente ao limite máximo da população prisional, nos termos do art. 85, parágrafo único da Lei de Execução Penal, a fim de saber sobre eventual tolerância acima do número oficial fixado pela Secretaria da Administração Penitenciária. Nenhum desses ofícios foi respondido, embora consignada a urgência.

Não se faz razoável aguardar resposta desses ofícios, em vista dos eminentes direitos a serem preservados. Ademais, a própria Secretaria da Administração Penitenciária informa que a capacidade oficial da unidade prisional é de 512 presos e eventual admissibilidade de outro número não fugiria muito dessa quantidade, até por força das condições físicas da unidade.

De outro lado, já consta dos autos – conforme informa a Direção da unidade prisional – que "*há racionamento*" no fornecimento de água aos detentos, "*devido à estrutura da Sabesp... sendo o registro fechado para que não falte água nos horários liberados para banho*".

A mesma Direção informa que a rede de água e esgoto do CDP não sofreu reforma alguma.

A unidade prisional também registra falta de profissionais para a realização dos serviços necessários, contexto que compromete não somente a segurança e a saúde da população carcerária, mas também a própria segurança da sociedade, como se verificará adiante.

Desde julho/2007 até a data da visita correcional em 29.11.2007 a quantidade de detentos subiu de 1.489 para 1.599, o que revela a ausência de mecanismos para a contenção da crescente superpopulação carcerária.

Não somente a quantidade de agentes de segurança penitenciária é precária. O quadro de agentes para atendimento à saúde também o é. Some-se, em tema de saúde, que a unidade prisional registra inúmeras ausências de atendimentos médicos em casos que necessitam de remoção para unidade hospitalar, motivado pela falta de escolta (que deveria ser realizada pela polícia militar). Consta dos autos que a polícia militar somente tem logrado atender 25% das solicitações de remoção para atendimento médico externo.

A visitação aos presos também fica comprometida, pois a quantidade de funcionários não é suficiente para atender a quantidade de visitantes proporcional a quantidade de presos.

O mesmo vale para os advogados que necessitam entrevistar-se com seus clientes.

A grave situação permite vislumbrar frontal violação do disposto no art. 5.º, XLVII, *e*; e inciso XLIX, da CF/88, os quais consagram os princípios da humanidade na execução da pena:

"XLVII – não haverá penas:

(...)

e) cruéis;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;".

Não custa lembrar que a proibição de penas cruéis não é apenas uma ordem proibitiva de previsão legislativa, sendo também, enunciado constitucional que tem aplicação prática, na medida em que se dirige à realidade fática, sempre que o *ius puniendi in concreto* apresente aspectos perversos ou desumanos, pois nos termos do art. 5.º, § 1.º da CF/88 "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Menos ainda é demais lembrar que se tratam de princípios. E princípios são normas. Como tais, são dotados de eficácia. Afirma Bobbio:[1]

"*I principi generali non sono, a mio vedere, che norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme più generali. Il nome di principi trae in inganno, tanto che è vecchia questione tra i giuristi se i principi genereli siano norme. Per me non c'è dubbio: i principi genereli sono norme come tutte le altre. E questa è anche la tesi sostenuta dallo studioso che si è occupato più ampiamente del problema, il Crisafulli*" ("Os princípios constitucionais são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome dos princípios traz um engano, tanto que é velha a questão entre os juristas, se os princípios gerais são normas. Para mim não há duvida: os princípios gerais são normas como todas

1. Norberto Bobbio. *Teoria generale del diritto*. Teoria dell'ordinamento giuridico (parte seconda). 2. ed. G. Giappichelli: Turim, 1993, p. 271.

as outras. E esta é também a tese sustentada pelo estudioso que se ocupou mais amplamente do problema, Crisafulli").

Por sua vez, Crisafulli:[2]

"Un principio, sia espresso in una apposita formulazione legislativa, sia invence implicito o latente nell'ordinmento, costituisce dunque una norma, applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici o privati" (Um princípio, seja expresso em uma formulação legislativa, seja ao contrário implícito ou latente no ordenamento, constitui no entanto, uma norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados).

O direito internacional ao qual o Brasil aderiu também resta desrespeitado.

O Brasil ratificou (Dec. 678, de 06.11.1992) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992 (Pacto de San Jose da Costa Rica). No capítulo II, o art. 5.2 do referido Pacto dispõe que: "ninguém deve ser submetido a ... penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

Conforme lembram Luiz Flavio Gomes e Flávia Piovesan[3] "cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados".

Logo, não basta "respeitar" os direitos decorrentes do Pacto, sendo imperioso, também e principalmente, "assegurar" esses direitos, consoante determina o art. 2.º do mesmo Pacto.

2. Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio.* Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 15.

3. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.* São Paulo: RT, 2000, p. 31.

Acrescente-se que em sintonia com a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos, o art. 3.º da LEP diz que "*ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*".

A superpopulação carcerária já é reconhecida como uma forma de tortura[4] (institucional).

Ainda que não fosse tortura (institucional), a população carcerária que excede mais de 03 vezes a capacidade oficial é, certamente, tratamento desumano ou degradante.

Nesse tema, sublinhe-se que o Brasil ratificou – em 23.05.1989 – a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Referida Convenção proíbe tratamento desumano ou degradante em seu art. 16. Para assegurar tal postura, a convenção exige do Estado-parte medidas "eficazes" de natureza "judicial", inclusive (art. 2.º).

Do comprometimento da pena pela aniquilação do sistema de justiça penal no processo de conhecimento

Reza o art. 66 da LEP que "compete ao Juiz da execução: (...); VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança".

Do exame dos autos, resta evidente o sério comprometimento do próprio sistema de justiça penal, na medida em que o cumprimento da pena na unidade prisional CDP II de Pinheiros não chega sequer perto das finalidades consagradas no art. 59 do CP ("reprovar e prevenir"). Diz a regra acima referida que "o juiz (...) estabelecerá [a pena] conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

4. De modo abrangente: N. Rodley. *The Treatment of Prisoners Under International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

A pena – em tais condições – somente reprova, porque tem natureza de castigo, unicamente.

Nada previne.

Pior. Ao castigar, o faz de forma degradante e cruel.

O art. 1.º da LEP – por sua vez – afirma que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

A pena cumprida em tais condições, torna sem sentido todo o trabalho desenvolvido pelas polícias, representantes do Ministério Público, defensores e magistrados. E coloca a sociedade paulistana à mercê de indivíduos que um dia ganham sua liberdade sem mínima capacidade de adaptação social.

Mas, não é só.

Do comprometimento da pena pela aniquilação do sistema se justiça penal no processo de execução

Não menos grave é o fato de que em tais condições de cumprimento de penas, toda a sistemática da execução penal brasileira, idealizada com maestria, resta comprometido.

Bem se sabe, o sistema de execução penal no Brasil prevê uma via escalonada no cumprimento da pena privativa de liberdade, no qual o sentenciado gradativamente retoma o contato com a sociedade, obtendo benefícios.

Assim, o regime de cumprimento de penas é previsto em fechado, semi-aberto e aberto, havendo também o livramento condicional e a saída temporária.

Para a obtenção de tais direitos é preciso que o sentenciado atenda a dois requisitos: um objetivo e, outro, subjetivo. O primeiro se resume a passagem do tempo, consubstanciado no cumprimento de frações das penas impostas.

O segundo requisito vem representado pelo mérito do sentenciado durante o cumprimento da pena. Assim, lhe é exigido o bom comportamento carcerário e a ausência de prática de faltas graves.

A superlotação da unidade prisional em tela impõe o cumprimento de penas em condições pouco dignas e também representa uma forma de tortura (institucional), como acima citado, além de evidenciar tratamento degradante. Tal tratamento penitenciário impede que se exija do sentenciado o comportamento adequado, dispensando o juiz da execução da avaliação do requisito subjetivo, por não ter o Estado disponibilizado condições mínimas que permitam cobrar do condenado o bom comportamento carcerário.

A Lei de Execução Penal foi prevista e elaborada para ser aplicada em condições ideais, isto é, presumindo-se que a dignidade da pessoa humana detida está sendo preservada. Ora, na medida em que o preso é obrigado a dormir em uma cela superlotada, muitas vezes no banheiro, outras na parede (como alpinistas, amarrando tecidos, imitando redes) ou embaixo de uma cama de concreto, com precária assistência à saúde, resta claro que houve total desvirtuamento do sistema de justiça penal da execução – que a ninguém recupera – e põe abaixo a idealização prevista na Lei de Execução Penal, já que não se pode exigir mérito comportamental daquele que não tem seus direitos minimamente assegurados para cumprir sanções penais.

Dito de outro modo: não se pode exigir do preso todos os deveres ético-penitenciários sem a contrapartida de lhes assegurar os direitos mínimos assegurados pela Lei de Execução Penal. Este juízo já tem decidido *contra legem* em casos onde a alegada falta grave está demonstrada: um preso que dorme com outros 39 em uma cela de 28 m2 de área bruta pode ser reprovado por tentar fugir, perdendo dias remidos e sendo-lhe negados benefícios? Ao menos neste juízo, não.

Do comprometimento da segurança pública

Não é menos verdade, nem menos preocupante, o fato de que uma unidade prisional superlotada pode, facilmente, fugir ao controle, na medida em que se torna

um barril de pólvora para rebeliões. É que a unidade prisional deve ter quantidade de agentes de segurança compatível com o número de presos. Não sendo assim no caso concreto, conforme consta os autos, bem se pode perceber, mais uma vez, a gravidade da situação.

A rebelião tem conseqüências que transbordam a violência *intra muros*, pois atinge todo o entorno do estabelecimento prisional. Pode: gerar o mesmo efeito em outras unidades prisionais, desencadear tumultos nas ruas, além de represálias por parte do crime organizado, como a realidade paulistana já mostrou a todos.

Isso sem mencionar que o mal funcionamento da unidade prisional, decorrente da superlotação, também, compromete a segurança pública em razão dos espaços que abre para o funcionamento do crime organizado.

É voz unânime na doutrina e na experiência mundial que a criminogênese específica do crime organizado é a ausência do Estado, isto é, o crime organizado germina onde o Estado é omisso ou dividido.[5]

Os líderes de facções que estão presos se utilizam, basicamente, da precariedade da atividade estatal em uma unidade prisional para manterem-se no poder e na liderança dos raios, alas ou pavilhões.

Tudo o que foi dito acima sobre as conseqüências da superpopulação na unidade prisional espelha a debilidade ou ausência do Estado no cárcere. Essa ausência é suprida pelos líderes de alas, que provêem informações, remédios, visitação, etc., aos demais presos que delas necessitam.

Dito de outro modo: a falta dos direitos básicos dos presos assegurados pela Lei de Execução Penal é fator de fragilização dos detentos "comuns", que é usada como alavanca pelos líderes de facção, os quais tentam suprir aquelas necessidades,

5. Confira-se: Marcelo Batlouni Mendroni. *Crime organizado* – Aspectos gerais e mecanismos legais. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. Luiz Flávio Gomes. *Crime organizado.* 1. ed. São Paulo: RT, 1995. Javier Zaragoza Aguado. *Tratamiento penal y procesal de lãs organizaciones criminales en el derecho español.* Especial referencia al tráfico ilegal de drogas, delitos contra la salud pública y contrabando. Dir. José Ramon Soriano Soriano. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2000.

ocupando o lugar do Estado. Inclusive, provendo (e vendendo) segurança aos presos que dela necessitarem no interior da unidade.

Quando um preso – que teve sua segurança e necessidades atendidas pelo crime organizado – obtém liberdade, deixa a unidade prisional como devedor da facção criminosa e torna-se um soldado daquela organização.

Ora, a partir do instante que o "detento comum" vislumbra no líder de facção o seu único referencial de segurança e expectativas (*segurança ontológica*) a este dará obediência. Ao Estado, não.

Logo, para a segurança da sociedade também se impõe a normalização da unidade.

Frise-se que não se trata de medida de interdição, mas de medida visando a regularização do funcionamento da unidade prisional, nos termos estabelecidos no art. 66, VII da LEP.

Da característica fundamental do estabelecimento penal

A unidade prisional em referência é denominada "Centro de Detenção Provisória". Como tal, se destina aos chamados "presos provisórios". Estes são presos que respondem a uma acusação criminal. Portanto, não são considerados culpados de um delito, porquanto não há sentença penal condenatória transitada em julgado.

Tratam-se de indivíduos sobre os quais pesa a presunção de inocência ou de não culpabilidade, nos termos do princípio consagrado no art. 5.º, LVII da CF/88: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Justamente por isso, a Lei de Execuções Penais exige que tais presos permaneçam separados dos demais: "Art. 84: O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado".

A Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil, mais uma vez, consigne-se), em seu art. 5.4, também exige do Estado-parte que assegure a separação entre "processados e condenados", salvo situações excepcionais, como por exemplo, são os casos de sentenciados que cumprem pena em liberdade, no gozo de livramento condicional, e vêm a serem presos em flagrante por novo crime.

Mais que isso, a mesma norma do referido Pacto Internacional exige "tratamento adequado à condição de pessoas não condenadas".

No caso em tela, a mistura é total, entre presos provisórios e condenados, com desrespeito à normativa interna e internacional, sendo imprevisíveis, mas, sabidamente negativos para a sociedade, esse baralhamento.

Da medida a ser tomada

O art. 66, VII da LEP determina a competência do juízo das execuções criminais para tomar "providências para o adequado funcionamento (do estabelecimento penal) e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade".

A lei emprega expressão de amplo significado quando determina ao juiz que tome "providências para o adequado funcionamento" do estabelecimento penal e traduz a idéia de que o magistrado pode adotar vasto rol de medidas para assegurar o regular funcionamento da unidade prisional.

O rol de providências a serem tomadas é, de fato, largo, pois infinitas são as disfunções que podem ocorrer. E assim sendo, as medidas judiciais de regularização do funcionamento do estabelecimento penal devem ser rigorosamente proporcionais à gravidade da disfunção verificada.

Diante de tudo que acima foi exposto, é tranquilo concluir que a única medida cabível é a redução da população carcerária, como meio de: a) assegurar o correto cumprimento da pena e; b) promover o adequado funcionamento da unidade prisional e; c) resguardar os direitos fundamentais violados.

Assim, deverá a Administração Penitenciária reduzir a população de presos da unidade CDP II de Pinheiros para o seu patamar oficial.

Tendo em vista a gravidade da situação, fica proibida a entrada de presos na unidade prisional conhecida como CDP II de Pinheiros.

A responsabilidade pela redução da população prisional não é só do Executivo. O Judiciário tem também a sua quota de responsabilidade, o que será objeto de representação deste juízo à Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Da exeqüibilidade da medida

De nada adiantaria tal decisão judicial se as demais unidades prisionais da Comarca de São Paulo também não passassem pelo mesmo procedimento.

A inclusão de presos em outras unidades prisionais como forma de dar cumprimento a esta decisão, aumentando ainda mais a superpopulação das demais unidades, não deve ser a saída, portanto.

Vejamos.

A presente decisão é a primeira de oito, já que oito são os CDPs desta comarca em situação idêntica (CDPs: I de Pinheiros; I e II da Chácara Belém, e respectivas Alas de Progressão – igualmente superlotadas; Vila Independência; Parelheiros).

Isso significa que a partir desta decisão, segue por esta Corregedoria um conjunto de procedimentos visando a normalização da grave situação carcerária existente na capital do Estado.

Diante desse programa de normalização, não basta uma decisão judicial que simplesmente mande cumprir a Constituição, as Convenções Internacionais e a lei.

É preciso que essa decisão também seja *exeqüível.*

Por isso, é preciso assegurar à Administração Penitenciária prazo razoável para que se crie uma agenda e se organize para restabelecer a ordem.

O prazo a ser fixado deve ter em conta que se trata de um programa de normalização a recair sobre 08 unidades prisionais da capital do Estado, que irá exigir a definição de políticas públicas, eventuais adequações normativas de âmbito estadual, obtenção de recursos, definição de locais para construção de novas unidades, etc. Tarefa, portanto, sabidamente árdua. O prazo de 06 meses, passível de aplicação por analogia do art. 203 da LEP não é, portanto, razoável. O dobro, sim, é razoável.

Ante o exposto, fixa-se o prazo de 01 (um) ano como sendo aquele razoável para que a Administração Penitenciária reduza a população oficial da unidade prisional para 512 presos.

Nas demais unidades que vierem a passar pelo mesmo procedimento correcional, também será assegurado prazo razoável para o Estado organizar-se de modo a permitir à Administração Penitenciária o desenvolvimento de uma programação para a normalização da situação carcerária na Comarca de São Paulo.

A proibição da entrada de presos não significa que devem ser mantidos aqueles mesmos indivíduos que lá estão, mas, sim, que não se permite o aumento da população carcerária, podendo a Administração Penitenciária, por óbvio, manejar e remanejar presos entre unidades, desde que isso não resulte no aumento da população que existir na data da publicação desta decisão.

Dispositivo

Ante o exposto, com base no art. 66, VI e VII da LEP, determino a redução da população carcerária da unidade prisional CDP II de Pinheiros ao número oficial de 512 (quinhentos) presos provisórios, no prazo de 01 (um) ano, ficando proibido, desde já, o aumento da população carcerária.

Oficie-se, com cópia, ao Diretor da unidade prisional e à Secretaria de Administração Penitenciária, para cumprimento.

Para o caso de descumprimento

Uma vez apontado o fato e a necessidade de sua correção, seguirá esta Corregedoria na fiscalização e acompanhamento das medidas a serem tomadas.

Não cabe aqui adiantar sobre as medidas que seriam adotadas por esta corregedoria para o caso de eventual descumprimento da presente decisão.

Desde logo, contudo, deve-se consignar que se descumprida haveriam conseqüências para: a) o correto cumprimento da pena; b) o adequado funcionamento do estabelecimento prisional e; c) as garantias constitucionais. As duas primeiras conseqüências acima referidas são decorrência uma da outra, pois não deve haver cumprimento de pena em Centro de Detenção Provisória, o qual deve funcionar abrigando somente presos provisórios. Isso significa que em caso de descumprimento, haveria, por certo, conseqüências que atingiriam direitos coletivos, na medida em que é direito da sociedade paulistana a recepção de egressos que tenham passado por terapêutica preventiva, conforme determina a lei.

Assim, no caso de eventual descumprimento, seriam adotadas medidas judiciais para o cumprimento forçado da ordem, em todas as esferas pertinentes, em vista dos importantes direitos lesados.

Justifica-se, também, que em princípio, deveria este órgão jurisdicional corregedor comunicar, desde já: 1) o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, tendo em vista a previsão legal de suspensão de ajuda financeira ao Estado, conforme estabelecido no art. 203, § 4.º da LEP; 2) o próprio Ministério da Justiça, em razão da personalidade de direito internacional de que dispõe; 3) a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública Geral do Estado de São Paulo, em vista do disposto no art. 5.º da Lei 7.347, de 24.07.1985; 4) o Procurador Geral da República, nos termos do art. 109, § 5.º da CF/88, para apreciação de deslocamento de competência por grave violação de direitos humanos; 5) e no caso de manutenção da competência desta

Corregedoria, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do disposto no art. 48 e ss. da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Todavia, ao menos por enquanto, não é caso de se representar imediatamente perante as referidas instâncias e instituições nacionais e internacionais ligadas ao sistema de cumprimento de penas, pois: a) deve ser obedecido o *princípio do esgotamento das vias internas* para a solução do problema e; b) a atual situação – embora grave – não é de hoje, sendo fruto de permissividade que grassou por anos, enraizando-se na *cultura da forma de cumprimento de penas privativas de liberdade*.

Por outro lado, no âmbito interno, desde já, para ciência sobre a existência deste expediente, oficie-se com cópia desta à Egrégia Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como às Egrégias Vice-Presidência e Corregedoria Geral; Oficie-se também aos fiscais da pena no campo estadual, a saber, ao Conselho Penitenciário do Estado; ao Conselho da Comunidade; a coordenadoria de assistência jurídica ao preso da Defensoria Pública desta Vara das Execuções Criminais e ao representante do Ministério Público que oficia nesta Vara.

P.R.I.C.

São Paulo, 14.01.2008.

Cláudio do Prado Amaral

Juiz de Direito Titular da 1ª Vara das Execuções Criminais e Corregedor dos Presídios de São Paulo-SP.