duplicata

ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

66

maio-junho de 2007

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

95 anos 1912 | 2007 RT

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 15 n. 66 maio-junho de 2007

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

2º Tesoureiro
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
Sergio Salomão Shecaira

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
Heloisa Estellita

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 e Renata Flores Tybiriça

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

História
Roberto Mauricio Genofre

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

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

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) – Janaina Paschoal

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:
Adauto Alonso S. Suanes, 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, Carlos María Romeo-Casabona, 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, 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, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Roberto Maurício 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 Pierangeli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Luisi, 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 e Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 67 – julho-agosto – 2007

Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?

Andrew von Hirsch

O ilícito penal nos crimes ambientais.
Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídico e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental

Fabio Roberto D'Avila

El uso de la videoconferencia en el proceso penal español

Juan Carlos Ortiz Praadillo

Aspectos médicos e jurídicos da eutanásia - Iberê

Anselmo Garcia

Sistemas penales y criminología crítica.
Reflexiones sobre la enseñanza jurídica y sus vinculaciones con el poder en América Latina

Liliana Amanda Rivas

Sumário

1. Direito Penal

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 9
Dino Carlos Caro Coria

¿Qué aporta la teoria de los fines de la pena? 53
Günter Stratenweth

O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva 77
Luyla Cavalcante de Souza

A situação da justiça penal no Brasil do século XIX 118
Roberto Chacon de Albuquerque

A tentativa na autoria mediata 157
Rolf Dietrich Herzberg

2. Processo Penal

Prova e sucedâneos da prova no processo penal 193
Antonio Scarance Fernandes

A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público 237
Cezar Roberto Bitencourt

3. Crime e Sociedade

Entre terroristas e inimigos... 271
Elisangela Melo Reghelin

Quem é o inimigo, quem é você? 315
Paulo César Busato

4. O Direito em Ação

Direito intertemporal penal. Possibilidade de "combinação" de Leis: o equívoco da *Lex Tertia* 373
Arnaldo Malheiros Filho

5. Índice Alfabético Remissivo 391

Normas de publicação 395

1. Direito Penal

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Dino Carlos Caro Coria
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España.
Profesor de Derecho Penal en la PUCP y Coordinador
de la Maestría de Derecho Penal de dicha casa de estudios.

Sumario: 1. Generalidades – 2. Contenido y fundamentación constitucional – 3. *Ne bis in idem* y derecho administrativo sancionador – 4. Particularidades del *ne bis in idem* en el proceso penal.

Resumo: O presente artigo enfrenta a questão do alcance e da efetiva vigência do princípio do *ne bis in idem*, passando pelo estudo de seus conteúdos material e processual e analisando a jurisprudência constitucional sobre o tema na Espanha e no Peru, bem como a regra do *double jeopardy* da Suprema Corte norte-americana, sendo que o princípio é abordado tanto sob a perspectiva do direito processual penal como do direito administrativo sancionador.

Abstract: The present article confronts the power and permanent legality issue of the *ne bis in idem* principle, passing by its material and procedural contents studies and analyzing the constitutional jurisprudence of the topic in Spain and Peru, as well as the double jeopardy rule in the U.S. Supreme Court. This principle is discussed both in the criminal procedural law perspective and in the sanctioning administrative law.

Palavras-chave: *Ne bis in idem* – *Double jeopardy* – Jurisprudência constitucional – Direito administrativo sancionador.

Key words: *Ne bis in idem* – Double jeopardy – Constitutional jurisprudence – Sanctioning administrative law.

1. Generalidades

1. Los alcances y efectiva vigencia del principio de *ne bis in idem*[1] corresponde a un ámbito poco estudiado en el Derecho penal peruano. Pese a que la doctrina administrativa,[2] penal[3] y procesal penal[4] viene destacando su trascendencia desde los años noventa, el reconocimiento legal de este principio ha sido menos rápido, y si bien ahora puede decirse que la legislación ordinaria, en particular el art. 230.10 de la LPAG y el art. III del nuevo Código Procesal Penal (CPP2004) aprobado mediante el Decreto Legislativo 957 le otorgan un adecuado desarrollo, acorde con la STC de 16 de abril de 2003 dictada en el exp. 2050-2002-AA/TC, no puede predicarse lo mismo de la legislación administrativa y menos de la práctica sancionatoria de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal.

En este contexto, si bien el TC ha fijado los grandes lineamientos sobre la prohibición de la persecución y sanción múltiples, *ne bis in idem*, es aún necesario

1. Un sector de la doctrina se refiere al principio de *non bis in idem*, rótulo que reproduce el art. 230.10 de la Ley 27.444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como expone MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal.* t. I. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 596, nota 234, el carácter imperativo de este principio sólo queda expresado con el latinazgo *ne bis in idem.*

2. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública, *Ius Et Veritas 10/1995*, p. 155. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. La potestad sancionadora de la administración pública, *Revista Jurídica del Perú*, abril de 2000, p. XV.

3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico.* Consideraciones jurídicas y económicas. Lima: Idemsa 1997, pp. 185-186. *Derecho penal económico.* Parte especial. Lima: Idemsa 2000, pp. 489-493. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente.* Lima: Gráfica Horizonte 1999, p. 123-129. URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad. Lima: Gráfica Horizonte 2000, pp. 131-143. REYNA ALFARO, Luis. *Manual de derecho penal económico.* Parte general y parte especial. Lima: Gaceta Jurídica 2002, pp. 221-223. REAÑO PESCHIERA, José. *Derecho penal bursátil.* Lima: Gráfica Horizonte 2002, pp. 110-120.

4. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal.* 2. ed. t. I. Lima: Grijley, 2003, pp. 104-108.

establecer reglas claras sobre el comportamiento que deben observar los poderes públicos, en particular la administración, para que los alcances del *ne bis in idem* material y procesal cobren efectiva vigencia. Con todo, esta contribución se orienta a destacar aquellos "vacíos" que deben solventarse mediante la regulación legal o la jurisprudencia del TC.

2. Contenido y fundamentación constitucional

2. Constituciones como la española regulan expresamente el principio de *ne bis in idem* al menos para determinados ámbitos del poder punitivo. Así, el art. 45.3 de la Carta española recoge parcialmente el principio de *ne bis in idem* en el terreno de la protección ambiental, pues señala que "se establecerán sanciones penales *o, en su caso*, administrativas". Y aunque dicha Constitución no consagra el principio con carácter general, una amplia jurisprudencia del TC español lo deduce del principio de legalidad previsto en el art. 25.1 de la Carta española. En esa línea, la STC 2/1981, de 30 de enero, señaló que la razón por la que no se incluyó el principio en la Ley Fundamental se debe a su vinculación "con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución".[5]

La fundamentación constitucional que adopta el TC peruano es similar, sigue la línea que establecieron las sentencias 2/1981 y 77/1983 del TC español[6]

5. MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho penal.* Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch 1993, pp. 98-99. Este criterio del TC ha sido confirmado por la S de oct/83 que abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta, efectuando un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o un Tribunal jurisdiccional, Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Parte general. 3. ed. Barcelona, PPU 1990, p. 7. La STC 154/1990 señala que el *ne bis in idem* se sustenta igualmente en el principio de proporcionalidad "que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción".

6. COBO DEL ROSAL, Manuel, Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho penal.* Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch 1991, pp. 75-76. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal.* Estudio programático de la parte general. T. I. 2. ed. Lima: Grijley, 1995, p. 135.

al considerar que el principio de *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal, y diferenciar el sustrato constitucional de cada uno de éstos. Efectivamente, según la STC peruano de 16 de abril de 2003, exp. 2050-2002-AA-TC, "El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal".[7]

3. El contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano, en la sentencia antes citada señala que "En su formulación material, el enunciado según el cual, "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho" expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento".

Se ha destacado la estrecha relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el art. 139.13 de la Constitución[8] y en el art. 90 del CP, pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem*[9] el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme. Acorde con ello, para el TC "El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2.º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, – como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N. 6) – a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado

7. Fundamento 19 *ab initio*.
8. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.
9. URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., p. 132.

del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica."

De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada "prohibición de exceso", fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer "una doble carga coactiva"[10] o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del art. VIII del CP de que "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente al mismo. Como destaca la STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003, "dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente".[11]

El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad,[12] más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999 de 22 de julio, "Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan

10. Ibid., p. 137.

11. Fundamento jurídico 3a).

12. Dicha vinculación entre legalidad y *ne bis in idem* ha sido destacada por CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente, cit., p. 123, con mayor énfasis URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., p. 132.

programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben – o tienen al menos la posibilidad de saber – que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido".

Pero los alcances del principio de legalidad como fundamento del *ne bis in idem* material, pueden ser más extensos y se proyecta a las relaciones penal-administrativas. La legalidad también implica que una conducta penalmente relevante no puede ser calificada por la autoridad administrativa sino por el Ministerio Público o, en su caso, por la jurisdicción.[13] La administración no puede arrogarse la potestad de conocer un hecho de posible contenido penal. Así lo reconoce la citada STC español 2/2003, según la cual "no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal – art. 7.2 RPS –, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador – administrativo y penal – y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos."[14]

4. Sobre la llamada *triple identidad*, existe acuerdo en que la identidad de sujeto se refiere al imputado o sancionado, no siendo necesaria la identidad de víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción.[15] Se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa por ejemplo)

13. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 29.

14. Fundamento jurídico 9.

15. Así, comentando la garantía de cosa juzgada, SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa, 2004, pp. 354-355.

y una persona natural (pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento.[16] Si bien en estos casos puede sostenerse en el plano formal que estamos ante personas diferentes,[17] de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía). Pero esta no es la postura mayoritaria, aunque se reconoce la imposibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica e imponer por el mismo hecho y fundamento alguna de las consecuencias accesorias del art. 105 del CP, se niega la identidad subjetiva entre la persona jurídica y la persona natural. Así lo pone de relieve la STC español 48/2003, de 12 de marzo, en cuanto la disolución de Herri Batasuna conforme a la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, para diferenciarla de la sanción penal del art. 520 del CP español contra las personas físicas que la componen, concluyendo que "tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto".

El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la "identidad de hecho", noción imprecisa si se tiene en cuenta que en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal/administrativa, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente, no existe identidad de fundamento, siendo posible imponer más de una sanción por el "mismo hecho". Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto

16. MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: Zugaldía Espinar, José (dir). *Derecho penal.* Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 292.

17. El art. 78 del Código Civil señala que "La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros".

y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala que "el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido".[18]

El TC define además la "identidad de fundamento" como "identidad de bien jurídico" o "identidad de interés protegido", equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, se rige más bien por "criterios de afectación general, estadística en todo caso",[19] por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, "aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen".[20]

La identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo, la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del mismo contenido de injusto o de ilícito, de la misma infracción,[21] sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa. En esa perspectiva, en los

18. Fundamento 19a *in fine*.

19. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte general. Lima: Ara, 2003, p. 72.

20. Ibid., p. 71.

21. MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: Zugaldía Espinar, José (dir). *Derecho penal*. Parte general, cit., p. 293.

supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el disvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias,[22] siendo válido imponer más de una sanción.

5. Este contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada. En el ordenamiento peruano, este sentido del principio está materializado en el art. 139.13 de la Constitución, los arts. 78.2 y 90 del CP y el art. 5 pf. 4 del Código de Procedimientos Penales. En un plano preventivo, el *ne bis in idem* procesal proscribe desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

El desarrollo del *ne bis in idem* procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17.09.1997, relativa al caso de María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano, la cual estableció que si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común.[23] De modo semejante, la STC de 02.07.1998, exp. 109-98-HC/TC, relativa al caso Dante Damas Espinoza,[24] determinó que el sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas

22. CARO CORIA, Dino Carlos. Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo. *II Congreso Internacional de Derecho Penal*. Ponencias. Lima: PUCP, 1997, pp. 71 y ss.

23. Sección XV, Fundamentos 66 y ss.

24. *Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano* de 29.09.1998.

como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio *non bis in idem* (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, "constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal", el cual deriva del art. 139.3 de la Constitución y del art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[25] La Corte Constitucional expresó asimismo que el art. 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o *res iudicatia*, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que "supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia".[26] Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del *bis in idem*, era imprecisa pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido por ejemplo en el concurso ideal de infracciones, y es que el *ne bis in idem* impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del TC ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, exp. 2050-2002-AA/TC, donde señala que "En su vertiente procesal, tal principio significa que 'nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos', es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto,

25. Fundamento 7.a.
26. Fundamento 7.b.

por ejemplo)".[27] Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 02.07.1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina,[28] el TC señala que "El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución", añadiendo que "Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: '(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos'."[29]

Dicha perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, exp. 0729-2003-HC/TC[30] y de 24.11.2004, exp. 2868-2004-AA/TC,[31] que además se remiten al art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a ley y el procedimiento penal de cada país". Pero a diferencia de la STC de 16.04.2003, en éstas la Corte Constitucional, señala que el principio de *ne bis in idem*, incluyendo su perspectiva material deriva del derecho al debido proceso, la STC de 14.04.2003 en particular sostiene que "el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado

27. Fundamento 19.b.
28. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., pp. 85 y ss.
29. Fundamento 18.
30. Fundamento 2.
31. Fundamento 3.

dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso".

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del '*double jeopardy*' que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual "tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, "si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso".[32]

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito,[33] con lo que en estricto el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in idem* procesal como con el material. En el caso Green contra los Estados Unidos (1957) señaló que "La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable".[34] Más específicamente, en el fallo de Carolina del Norte contra Pierce

32. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 106.

33. En adelante WITT, Elder. La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales. México: Gernika 1995, pp. 285 y ss.

34. Ibid., p. 286.

(1969), sostuvo "que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso (...) se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa".[35]

La relación entre *ne bis in idem* procesal y *double jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa que "en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que "la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales". A ello añadimos "que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión 'contra reo': evitar que el ciudadano sea 'víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado', evitarle las 'vejaciones' que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de 'ciudadano de un pueblo libre'."[36] De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, exp. 0729-2003-HC/TC, señala que "En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una

35. Ibid., p. 287.
36. Fundamento 3.b.

persona", y añade que "Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada".[37]

6. El primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el art. 230 num. 10 de la Ley 27.444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual "La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento". Con ello se dio un paso importante a favor del reconocimiento del *ne bis in idem* material en un momento en que el TC aún no había desarrollado sus alcances y como lo hiciera recién en la sentencia de 16.04.2003 ya citada.

Pero la LPAG no introdujo el sentido del *ne bis in idem* procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la Ley 27.837 y que en el Anteproyecto de abril de 2004 de reforma de la Parte General del CP propuso introducir como art. IX del Título Preliminar la regla siguiente: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas" (pf. 1), "El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo" (pf. 2). Dicha regla fue adoptada sin más por la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el Decreto Legislativo 957, el art. III del Título Prelimar establece del mismo modo: "Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El

37. Fundamento 3.

derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo" (pf. 1), a lo que añade que "La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código" (pf. 2).

Esta nueva regulación adopta en esencia la doctrina del TC sobre el *ne bis in idem*, contempla el contenido material ("Nadie podrá ser (...) sancionado más de una vez") y procesal ("Nadie podrá ser procesado (...) más de una vez"), y señala como presupuesto la triple identidad ("por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento"). La norma extiende además su eficacia tanto "para las sanciones penales y administrativas", cabiendo deducir que no sólo prohíbe el *bis in idem* al interior del ordenamiento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos como el penal y el administrativo, ambos son expresiones del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes es un solo ente, sólo puede sancionar y perseguir una vez.

Poco clara es la regla de que "El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo". En la discusión de la Comisión Especial Revisora del Código Penal no existía acuerdo sobre el modo de evitar que la administración se arrogue competencia sobre un caso de posible relevancia penal, de modo que persiga y sancione libremente sin poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público o del Poder Judicial y sin abstenerse de seguir conociendo el caso. Para la Comisión esta práctica generalizada de la administración pública podía conducir a que hechos de relevancia penal queden sancionados como simples infracciones administrativas, mediante procesos más rápidos y en lo que la sanción sea menos grave y no se refleje toda la desvaloración jurídico-social del hecho. La Comisión no adoptó la propuesta de introducir una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse y notificar el hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal, tampoco el planteamiento de regular los

efectos para la administración de la decisiones que adopte la autoridad penal. A falta de un mejor acuerdo se considero suficiente expresar la "preeminencia del Derecho penal" que en la "voluntad" del prelegislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el Juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y en el caso del Poder Judicial el poder de vincular a la administración con sus decisiones.

3. *Ne bis in idem* y derecho administrativo sancionador

7. Los problemas más comunes de aplicación del principio de *ne bis in idem* se presentan en ámbitos previamente reglamentados por el Derecho administrativo, por ejemplo en la regulación de la actividad económica o en el ejercicio de la función pública. El TC ha venido desarrollando el contenido del *ne bis in idem* sobre todo a partir de casos en los que imputa a la administración pública haber impuesto más de una sanción por el mismo contenido de injusto a funcionarios públicos.

No se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el Derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal.[38] Como indica la STC de 16 de abril de 2003, exp. 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto en el exp. 1003-1998-AA/TC, "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales", por ello para el TC "la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto

38. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7/1989, pp. 55 y ss. SÁNCHEZ LAMELAS, Ana. Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: consideraciones en torno a los principios de garantía. *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. v. I. Universidad de Cantabria, 1993, pp. 383 y ss.

de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman".[39] Ello ha permitido que el poder sancionador de la Administración progresivamente se venga adecuando a límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal, como lo evidencia el art. 230 de la LPAG que impone como principios de la potestad sancionadora administrativa los de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros cuya constitucionalización planteó el art. 2 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 05.04.2002, como concretos límites al *ius puniendi* administrativo.[40]

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, es relativamente reciente en Perú.[41] El debate tampoco está terminado en el Derecho comparado, aunque se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la Administración debe someterse básicamente a los límites del Derecho penal,[42] se discute la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de sí la regla general de la menor gravedad de las sanciones administrativas – al menos no pueden acarrear la privación de libertad – y las necesidades de eficacia de la intervención

39. Fundamento 13.

40. "Artículo 2. Límites de la potestad punitiva del Estado.

El Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad, en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el debido proceso. Dicha materia será regulada mediante ley orgánica.

No se podrá imponer sanciones administrativas que directa o indirectamente importen privación de la libertad y deberá respetar los principios mencionados en el párrafo anterior en cuanto les sea aplicable".

41. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública, cit., pp. 149 y ss. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. La potestad sancionadora de la administración pública, cit., p. XV. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 185.

42. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal, *Revista de Administración Pública* 126/1991, pp. 253 y ss.

administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal.[43] Por ese camino, se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

El TC no ha sido ajeno a esta flexibilización, en la referida sentencia de 16.04.2003 expresó por ejemplo, en relación a los derechos de los miembros de la Policía Nacional en los procesos disciplinarios, que "no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, 'en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar'. Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total", y en esa medida, "el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse".[44]

43. CID MOLINE, José. Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas), *Revista de Administración Pública* 140/1996, pp. 131 y ss. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal.* Parte especial. t. III. Delitos económicos. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 167-168.

44. Fundamento 14.

8. Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo, reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo.[45] Por ello uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción opera en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir en el penal y el administrativo.[46]

Pese a la consagración general del *ne bis in idem* en el art. 230.10 de la LPAG y en el art. III del CPP2004, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC, la legislación administrativa no suele reconocer su eficacia y no pocas veces contiene declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá paralelamente a la penal. Por ejemplo, el art. 190 del Código Tributario señala que "Las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar", de lo cual parece deducirse, como en efecto sucede en la práctica tributaria, que ante una misma infracción es posible acumular una sanción penal y otra administrativa. Pero no puede aceptarse que esta regla especial, propia del sector tributario, deba imponerse a la regla general del art. 230.10 de la LPAG, y menos aún que toda norma posterior a la LPAG que independice la sanción penal de la administrativa ha derogado la garantía del *ne bis in idem*. El fundamento constitucional del *ne bis in idem* condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que sólo tienen asidero constitucional aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con la proscripción del *bis in idem*.

Conforme a ello, tampoco debe interpretarse sin más que reglas como la del art. 190 del Código Tributario son inconstitucionales, el art. VI pf. 1 del Código Procesal Constitucional y la Segunda Disposición Final de la Ley 28.301, Ley

45. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., v. AGUADO I CUDOLÀ. *Derecho administrativo sancionador*. Barcelona: Cedecs 1995, pp. 71 y ss.

46. Ibid., pp. 77-79.

Orgánica del Tribunal Constitucional, instauran el principio de conservación según el cual la inconstitucionalidad es la *ultima ratio*, antes deben agotarse los medios de interpretación conocidos a fin de superar la posible inconstitucionalidad.[47] La STC de 11.07.2002, exp. 1124-2001-AA/TC, estableció la necesidad de que "la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución".[48] Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una la ley inconstitucional por parte de los jueces, rige también para la administración pública. Más allá del debate de si la administración puede o debe ejercer un control difuso como el que se reconoce expresamente a los jueces desde la Constitución (art. 138 pf. 2),[49] el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (arts. III, IV.1.1, V.2.1 de la LPAG)[50] obliga a la administración a modular sus prácticas e interpretaciones normativas a principios de arraigo constitucional como el de *ne bis in idem*. En esa perspectiva es suficiente una interpretación restrictiva del art. 190 del Código Tributario, la posibilidad de que "Las penas por delitos tributarios" se apliquen sin perjuicio "de las sanciones administrativas a que hubiere lugar" debe limitarse a los casos en los que no se viola el *ne bis in idem*, por ejemplo de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido.[51]

9. Un aspecto particularmente problemático es de las llamadas relaciones de especial sujeción entre el sujeto actuante y la administración. Como se ha señalado anteriormente, excepcionalmente el TC ha tolerado la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente

47. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 69.

48. Fundamento 13.c.

49. Favorable a esta tesis, DEL POZO, Claudia. *Control difuso y procedimiento administrativo*. Lima: Palestra, 2005, pp. 173 y ss.

50. Ibid., pp. 94 y ss.

51. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, cit., pp. 128-129.

fundamento, es decir si se protegen bienes jurídicos distintos. En la jurisprudencia constitucional española la coexistencia de una sanción penal y otra administrativa, por el mismo hecho, se ha permitido cuando el sujeto se encontraba en una "relación de especial sujeción" con la administración, en cuyo caso el *ius puniendi* ejercido por la esta no sería el "genérico del Estado".[52]

Pero la propia delimitación de este tipo de relaciones no ha sido clara en la jurisprudencia del TC español, así lo reconoce la STC 132/2001, de 8 de junio, cuando recuerda que "De las denominadas 'relaciones especiales de sujeción' – también conocidas en la doctrina como 'relaciones especiales de poder' – se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa".[53] Esta imprecisión no ha sido superada, apenas se ha señalado que "Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de 'especial sujeción', 'de poder especial', o simplemente 'especiales'", y que en todo caso "la categoría 'relación especial de sujeción' no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos". Entre ellos "el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE -del cual deriva el *ne bis in idem* – y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene

52. Pese a que el art. 415.3 de la LOPJ español de 1985 señala que "En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria", la STC de 27.11.1985 precisa que el principio de *ne bis in idem* "no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes", Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal.* Parte general, cit., p. 7, también la STC 2/1987.

53. Fundamento jurídico 4.

una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales".[54]

Así, se ha reconocido la especial sujeción en relación con un preso,[55] con un Policía Nacional,[56] con un arquitecto colegiado,[57] incluso respecto a un detective privado con autorización administrativa aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la Constitución.[58] Sin embargo, y como parte de lo que puede considerarse una tendencia a no restringir el ámbito de la legalidad bajo el argumento de la especial sujeción, la STC español 132/2001 consideró que "ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedurías de tabaco",[59] negando con ello la trascendencia de la especial relación existente entre el concesionario y el Estado derivada de la mera concesión.

La imposición de límites a la acumulación de sanciones en los casos de sujeción especial no es reciente en la jurisprudencia del TC español, se ha exigido que "el interés jurídicamente protegido" por la infracción administrativa "sea distinto" al de la infracción penal "y que la sanción sea proporcional a esa protección".[60] Asimismo se ha declarado que si "la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer",[61] entonces, "con independencia de cómo se denomine la relación" que une

54. Ibid.
55. STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2.
56. STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico 1.
57. STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3.
58. STC 61/1990, fundamento jurídico 8.
59. Fundamento jurídico 4.
60. STC 234/1991 de 10 de diciembre, fundamento jurídico 2.
61. SSTC 3/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico 9, 101/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 3, 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 10, 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico 3, STC 132/2001, fundamento jurídico 5.

por ejemplo a la titular de la concesión con la Administración, "no hay fundamento alguno" para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente "carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE".[62]

También en una perspectiva claramente restrictiva la reciente STC español 26/2005 de 14 de febrero,[63] ratifica lo expuesto en la STC 234/1991 de 10 de diciembre[64] en el sentido que "La existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)".

Con todo, la sanción múltiple bajo los argumentos de la especial sujeción, distinto bien jurídico o fundamento, no se considera una alternativa plausible.[65] La ausencia de una determinación exacta de estos criterios, podría constituir una puerta abierta para un ejercicio múltiple y desproporcionado del *ius puniendi*. Por esa razón, en la doctrina española se observa la tendencia hacia una mayor delimitación material del *ne bis in idem*, en el sentido de impedir siempre la pluralidad de sanciones frente al mismo contenido de injusto.[66] Este principio fundamenta

62. STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico 4.

63. Fundamento jurídico 3.

64. Fundamento jurídico 2.

65. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 185. GARCÍA ALBERO, Ramón. *Non bis in idem* material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995, p. 64.

66. GARCÍA ALBERO, Ramón, ibid., p. 64. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal:* concepto y principios constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch 1996, p. 151. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. La garantía del *ne bis in idem* y el Derecho penal económico. *Ponencia en el III Congreso Internacional de Derecho Penal*, realizado en Lima en 1998, inédito.

la unidad de sanción en el llamado concurso aparente de normas pero, *a contrario sensu*, acudiendo al mismo sentido material del concurso ideal de delitos, permite una excepcional acumulación de sanciones en los supuestos de concurso de infracciones penales y/o administrativas.

10. La jurisprudencia del TC peruano no se ha vinculado expresamente a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, aunque adopta consecuencias similares, sobre todo en el ámbito disciplinario policial y militar. Sólo excepcionalmente se ha recurrido al argumento de la especial sujeción como medio para justificar la restricción o modulación de derechos distintos a los que derivan del *ne bis in idem*.

La STC de 10.07.2002, exp. 866-2000-AA/TC, señaló que "Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), artículo 23.º del Decreto Legislativo 276 y del artículo 138.º del Decreto Supremo 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información".[67] El TC no ha derivado de esta argumentación consecuencias lesivas de derechos fundamentales, consideró por el contrario que "Naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito

67. Fundamento 3.

garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse".[68]

Menos clara es la STC de 05.08.1999, exp. 0993-1997-AA/TC, según la cual "tratándose de personas jurídicas, el ejercicio de determinados derechos, como el de ejercer libremente la profesión de abogado, puede encontrarse afecto a unos límites derivados del principio de sujeción especial, por virtud del cual se exige del asociado a un Colegio Profesional, entre otros aspectos, no socavar el principio de lealtad para con la institución a la que se pertenece; y, por tanto, cada vez que este principio se vea resentido, reconocer la facultad de la entidad afectada a establecer mecanismos correctores de dichas conductas anómalas".[69] Pero el poder sancionador de los colegios profesionales no ha sido reconocido para efectos del *ne bis in idem* por la STC de 17 octubre de 2005, exp. 3167-2004-AA/TC, para la cual si "el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado", "no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional.",[70] "por lo que (...) no se ha vulnerado el principio *non bis in idem*".[71]

Estos precedentes no delimitan la noción de relaciones de sujeción especial ni justifican una desvinculación del principio de *ne bis in idem*, pese a lo cual se

68. Fundamento 4.
69. Fundamento 7.
70. Fundamento 7.
71. Fundamento 9.

ha consolidado una tendencia favorable a la acumulación de sanciones penales y administrativas en el caso de funcionarios públicos, partiendo del presupuesto que ambas satisfacen funciones distintas que justifican una independencia plena. La STC de 26.01.2005, exp. 3944-2004-AA/TC declara que "Tampoco se ha vulnerado el principio *non bis in ídem*, puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones".[72] Según la STC de 20.04.2005, exp. 1204-2005-AA/TC, no se aprecia violación "del principio *ne bis in idem*; más aún cuando, de conformidad con el artículo 25.º del Decreto Legislativo 276, los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, la civil y penal, por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público".[73] Más tajante es la STC de 28.06.2005, exp. 3363-2004-AA/TC, considera "que las responsabilidades penal y administrativas en que puede incurrir un servidor o funcionario son independientes; razón por la cual, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente, por los mismos hechos, al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria".[74]

De esta manera, como reconocen las SSTC de 25.2004, exp. 310-2004-AA/TC[75] y 29 de abril de 2005, exp. 3862-2004-AA,[76] se consolida la criticable interpretación expuesta en el Caso Víctor Hugo Pacha Mamani, exp. 094-2003-AA/TC, según la cual "lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habérsele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen

72. Fundamento 4.
73. Idem.
74. Fundamento 3.
75. Fundamento 4.
76. Fundamentos 4 y 5.

(...); el Tribunal asume (...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal". Tal interpretación no puede aceptarse, una acumulación de sanciones que se justifique en diferencias formales – el origen de la sanción o el carácter de inconducta funcional del ilícito administrativo – o naturalistas entre las infracciones penales y administrativas, violenta la prohibición de *bis in idem*. Aunque en ocasiones podrá reconocerse la diferencia de intereses o bienes protegidos por el ilícito administrativo o penal, en cuyo caso estará justificada, como en el concurso ideal de delitos, la imposición de varias sanciones, no puede aceptarse sin más y a priori que las sanciones penales y administrativas son independientes y autónomas.

Por ese motivo debe superarse el precedente derivado de la STC de 28.12.2004, exp. 3194-2004-HC/TC, según la cual "se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que 'las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional', lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad. Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, se sancionará por faltas graves 'independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley'. Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos (...) Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida

disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado".[77] La criticable de esta sentencia no es el reconocimiento del poder disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino la inusitada asunción de que las sanciones administrativas son independientes de las penales, en este caso porque así lo declara un Decreto Supremo del año 1982.

Si el TC asume consecuencias similares a las que derivan de la tesis de las relaciones de especial sujeción, tesis que sólo ha reconocido aisladamente, se tiene que el principio de *ne bis in idem* se postula en la práctica como una garantía plena de los particulares y no de los funcionarios públicos, contra quienes suele invocarse permanentemente el argumento formal de que las sanciones penales son diferentes de las administrativas. Dicho de otro modo, los funcionarios sólo tendrían garantizada la prohibición de dos o más persecuciones penales por lo mismo y de dos o más persecuciones administrativas por el mismo injusto, no estando proscrita una persecución penal y otra administrativa aunque se verifique la triple identidad porque se asume o se presume que ambas cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes. Esta solución discrimina a los funcionarios, les otorga un trato desfavorable por la restricción del derecho a ser perseguidos y sancionados sólo una vez por el mismo contenido de injusto, y que está prohibido por el art. 2.2 de la Constitución. Si bien el funcionario está vinculado a una posición de garante de la cual derivan un conjunto de deberes especiales o institucionales conforme a su concreto ámbito de competencia,[78] de ello no se deduce la eliminación del contenido esencial del ese derecho fundamental a no ser perseguido ni sancionado más de una vez por lo mismo. La vinculación a estos deberes institucionales no puede significar la pérdida automática de las

77. Fundamento 6.

78. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, pp. 160 y ss. CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, *Anuario de Derecho Penal 2003*, pp. 57 y ss.

garantías de legalidad, proporcionalidad, debido proceso y cosa juzgada que dotan de fundamento constitucional al principio de *ne bis in idem*.

Con este punto de partida deben superarse interpretaciones formales que derivan por ejemplo del texto literal del art. 243 de la LPAG que, bajo el rótulo "Autonomía de responsabilidades", establece que "Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación" (num. 1), de formal tal que "Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario" (num. 2). Estas reglas parecen oponerse al sentido del art. 230.10 de la LPAG que regula expresamente el *ne bis in idem* material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como puede deducirse de la ubicación sistemática del art. 243 en el Capítulo II ("Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración pública") del Título V ("De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio") de la LPAG, a diferencia del art. 230.10 que se incardina en el Título IV ("De los procedimientos especiales") de la Ley, en el Capítulo II dedicado al "Procedimiento Sancionador", Subcapítulo I referido a la "Potestad sancionadora". Pero este ámbito restringido de aplicación, "a las autoridades" y "personal al servicio de la administración pública", tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional del *bis in idem*, aunque el art. 243 reafirme la "autonomía de las responsabilidades" y la independencia de las consecuencias penales y administrativas, de la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto, por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional.

11. La administración debe respetar los términos de la cosa juzgada, conforme a lo previsto en el art. 139 nums. 2 y 13 de la Constitución, no puede modificar los hechos previstos en una sentencia condenatoria o absolutoria. Si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados,

ningún otro órgano público, jurisdiccional o administrativo, puede pretender acreditar lo contrario mediante otra investigación y debe tener por inocente al ciudadano frente a los hechos imputados.[79] Así lo establece la plurialudida STC de 16.04.2003, exp. 2050-2002-AA/TC, la cual señala "Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), '(...) El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado' (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbado".[80]

En esa misma perspectiva, la STC de 25.11.2004, exp. 2322-2004-AA/TC, establece que "Es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento 17 (...) se señaló que si la sanción disciplinaria (...), con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, (...), entonces, cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un

79. VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 361.
80. Fundamento 19.b.

ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial".[81] De igual forma, la STC de 28.12.2004, exp. 3194-2004-HC/TC, en relación a las "Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal", concluye que "la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativo es una sola", aunque "cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal".[82]

Ahora bien, se debate el caso de la sentencia absolutoria que considera probados los hechos que se imputan, y que no cabe la responsabilidad penal porque es aplicable al caso uno de los diversos argumentos jurídicos que bloquean dicha responsabilidad, como la imputación objetiva, la falta de atribución del dolo o una causa de justificación. Dado que el Derecho administrativo sancionador impone un estándar menos exigente para la sanción, podría sostenerse que es posible afirmar la responsabilidad administrativa siempre que se respeten los hechos probados y no se contradiga la calificación jurídica establecida por la jurisdicción. Así por ejemplo, no se violaría el *ne bis in idem*, si un ciudadano es absuelto del cargo de peculado (art. 387 del CP) porque se determinó que no actuó con dolo sino con negligencia, tras lo cual es sancionado por la administración porque las normas disciplinarias sí sancionan el comportamiento negligente.[83] Sin embargo, aunque en ese caso no se violaría el contenido material del *ne bis in idem* porque se impone

81. Fundamento 7.
82. Idem.
83. URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., pp. 136-137.

una sola sanción, si se contraviene la prohibición de perseguir más de una vez por los mismo, el *ne bis in idem* procesal, pues se estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses.[84]

12. La administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público[85] o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el art. 139.2 pf. 2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quien corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción.

Un intento de regular estos aspectos, aunque sólo para el ámbito de los procedimientos concursales,[86] ya se observaba en el último pf. de la 11ª Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP), D. Leg. 845, introducida por la Ley 27.146 de 24.06.1999, y luego en el art. 131 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), Ley 27809 de 08.08.2002. Dichas normas contenían dos reglas: i) si se ha impuesto sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos, *y ii) si a criterio* de la Comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.

La regla ii) quebranta la legalidad, abre paso a la "oportunidad administrativa" porque permite que un órgano administrativo, la Comisión, califique la

84. VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*, cit., p. 334. Igual, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 105.

85. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 195.

86. Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3/2002, pp. 142 y ss.

relevancia penal del hecho y derive el caso a la Fiscalía sólo si según su "criterio" es de especial gravedad, tolerándose con ello que hechos de verdadera trascendencia penal sean directamente sancionados por la administración. Pero la administración carece de la facultad constitucional de pronunciarse sobre la relevancia penal del hecho, y lo contrario implica una intrusión en las competencias del órgano fiscal, prohibida por el tipo de usurpación de funciones del art. 361 del CP. Del mismo, modo, el deber de comunicación al Ministerio Público surge con la mera duda sobre la trascendencia penal del hecho, su inobservancia puede adquirir sentido en el marco del tipo de omisión de denuncia del art. 407 del CP. Con mayor énfasis, si el caso ya es de conocimiento del Poder Judicial, el órgano administrativo debe abstenerse de conocer el hecho, según el art. 139.2 de la Constitución "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional", y la inobservancia de este precepto puede realizar el delito de avocamiento indebido del art. 410 del CP.

La regla i) tampoco está exenta de polémicas, regula el caso más sensible a la percepción jurídico-social de las consecuencias del hecho: la evitación de una persecución penal cuando el mismo injusto ya ha sido objeto de sanción administrativa. El modo como se instaura en la normativa concursal puede criticarse, parece consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete al Ministerio Público,[87] pero de ello no se deduce que estemos ante una regla constitucionalmente incorrecta. Si el ciudadano es perseguido por la administración y esta impone la sanción, y luego se tiene que el hecho tenía trascendencia penal, la incorrecta elección del Estado de haber instado primero la sanción administrativa no puede imputarse al ciudadano, al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de los errores o malas decisiones de la administración.

No obstante lo anterior se discute si el *ne bis in idem* material requiere o no la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición

87. Ibid., p. 145.

de la sanción sino la efectiva ejecución de más de una sanción. La jurisprudencia del TC español se decantó inicialmente por privilegiar la seguridad jurídica, estableciendo que la simple declaración de imposición de una sanción es suficiente para que éste prohibido imponer y ejecutar otra u otras por el mismo contenido de injusto. Así, la STC español 177/1999, de 14 de octubre, señaló que correspondía determinar "si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba», es decir, imponiendo al acusado las penas privativa de libertad y pecuniaria contenidas en el fallo condenatorio".[88] Para el TC, "irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo".[89] En ese sentido, considera que "no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la Administración (...), como organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por (...) fuese constitutivo de delito, (...). Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (art. 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la

88. Fundamento Jurídico 2.
89. Fundamento Jurídico 4.

Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente".[90]

Esta tesis no ha predominado en el Derecho penal constitucional español, el pleno del TC ha impuesto la solución contraria en la STC 2/2003, de 16 de enero,[91] estableciendo por un lado que la vulneración del *ne bis in idem* material requiere la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición de la sanción, de modo que si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta, ya no existe una sanción desproporcionada, no advirtiéndose violación al *ne bis in idem* material. Para el TC español, "la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación – *bis* – de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el 'doble

90. Fundamento Jurídico 5.

91. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Estudios de derecho penal*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo, 2005, pp. 74-75.

reproche aflictivo', sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto".[92]

La sentencia establece además que con dicho descuento no se viola el *ne bis in idem* procesal pues la interdicción constitucional de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, por lo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional no impide un segundo procedimiento sancionador. Y es que "la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador (...). La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador (...) a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador".[93]

Con ello el TC se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal, dejando claro que en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la administración y la jurisdicción, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla. Luego, y como corolario, señala que del *ne bis in idem* no deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone o del segundo procedimiento sancionador. Para el TC español si "los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que

92. Fundamento Jurídico 6.
93. Fundamento Jurídico 8.

devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE)".[94] A ello suma el TC una segunda razón "la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo".[95] Y "Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla", de forma tal que "ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba".[96]

Esta postura del TC español no puede merecer una valoración positiva. Resta eficacia a las actuaciones sancionatorias de la administración cuando se arroga las competencias del Ministerio Público y de la jurisdicción penal, pero convalida la segunda persecución y sanción impuesta por la jurisdicción incluso

94. Fundamento Jurídico 9.
95. Fundamento Jurídico 10.
96. Fundameno Jurídico 10.

cuando la administrativa ya se impuso y se ejecutó. De esta manera, la efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in idem* depende de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger, haya sus límites en la conducta previa del propio Estado. Esto se opone tanto a la dimensión individual o subjetiva que el TC peruano dispensa a los derechos fundamentales, reconocimiento de esferas de autonomía que demandan la abstención estatal,[97] como a su dimensión objetiva, en tanto valores materiales de todo el sistema jurídico nacional.[98] Y es que si los poderes públicos deben garantizar la vigencia del *ne bis in idem* y uno de ellos (la Administración) impone una sanción fuera del marco legal, por error, exceso o actuación fraudulenta en el procedimiento administrativo (imposición de la sanción administrativa para evitar la penal), no se justifica que el Estado mantenga indemne sus potestades persecutorias y correctivas en la jurisdicción penal. No se imputa al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada, no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta.

4. Particularidades del *ne bis in idem* en el proceso penal

13. No existe acuerdo en relación a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: i) cuando el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y ii)

97. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales*. Elementos para una teoría general. Lima: Palestra, 2005, p. 334.

98. Ibid., p. 335.

cuando el Juez Penal dicta auto de no ha lugar a abrir instrucción o proceso penal y este queda firme.

El primer caso (i) es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El Informe 1/95 relativo al Caso 11.006 de 07.02.1995, asunto Alan García Pérez, señaló que "La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad". En ese sentido, la Comisión consideró que "la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional – como toda actividad del Ministerio Público en el proceso – que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión". De ese modo, "En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme". En esa línea de ideas, la Comisión concluyó que "la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por

no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención" Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.[99]

Esta interpretación amplia de la cosa juzgada ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia peruana. La sentencia de habeas corpus de 11.10.2004 del 33.º Juzgado Penal de Lima, expediente 706-04-HC, confirmada por la Primera Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel mediante sentencia de 13.12.2004, expediente de *Habeas Corpus* 315-2004, declaró fundada la demanda de habeas corpus por considerar, entre otros motivos que la decisión de una Fiscalía Provincial de no formular denuncia en el pasado, confirmada por la Fiscalía Superior, había adquirido la calidad de cosa juzgada, quedando el propio Ministerio Público impedido de instar una nueva persecución penal por los mismos hechos, aunque se atribuya delitos distintos y se recurra a nuevas pruebas. Sin embargo, en otros casos, como el de Alberto Kouri Bumachar – video Kouri/Montesinos – o el de discoteca Utopia – múltiples denuncias contra los directores de la empresa que operaba la discoteca –, el Ministerio Público consideró como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la Fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el Informe 1/95 de la Comisión Interamericana.

En la doctrina procesal impera que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada.[100] Se trata de una cosa decidida, la cosa juzgada demanda una decisión judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente

99. Item V.3 del *Informe* 1/95.

100. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto 2000, p. 335.

por los mismos hechos.[101] Pero como precisa San Martín Castro, "Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias por los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, primero, si ha sido o no desestimada por el otro órgano del Ministerio Público; segundo, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, tercero, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente – por su Fiscalía u otra – sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal".[102]

Esta perspectiva ha quedado zanjada en el art. 335 del nuevo Código Procesal Penal de 2004, Decreto Legislativo 957 de 29.07.2004, que bajo el rótulo "Prohibición de nueva denuncia", establece que "La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos" (num. 1). Sin embargo, "Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial" (num. 2).

14. Se discute si el auto que desestima una denuncia fiscal y declara no ha lugar a abrir instrucción impide una nueva persecución penal (caso ii). El TC ha negado, con carácter general, que dicho auto tenga calidad de cosa juzgada, la STC de 14.02.2003, exp. 1077-2002-HC/TC señala que conforme al art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por

101. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 457.
102. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 495.

los mismos hechos, requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculpado", de modo que "la resolución judicial que declaró 'no ha lugar a la apertura de instrucción' no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo",[103] no equivale a un "pronunciamiento sobre el fondo del asunto".[104]

En la misma perspectiva, la STC de 11.05.2005, exp.2297-2005-PA/TC, establece como "necesario que exista un proceso concluido, es decir que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá solo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción", y que si "existe un auto de denegación para procesar los delitos (...), no se puede afirmar que en este exista "(...) un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho (...)" (en: *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* D. Carrio, Alejando. 3era edición y ampliada en 1ra reimpresión. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, año 1997, p. 380-340), pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. (...) simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso".[105]

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes,[106] se considera que el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no

103. Fundamento 6.

104. Fundamento 7.

105. Fundamento 4.

106. Vid. especialmente, CASTILLO ALVA, José Luis. ¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?, *Diálogo con la jurisprudencia 62/2003*, p. 135.

equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal,[107] investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos, son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita, como erróneamente expone el TC, a la sentencia firme, el propio art. 139.13 de la Constitución extiende la cosa juzgada a los casos de sobreseimiento definitivo, prescripción, amnistía e indulto, y se tiene además que muchas decisiones judiciales distintas a la sentencia ponen fin al proceso penal de manera perpetua, por ejemplo el auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones como puede deducirse del art. 77 del CPP, por ejemplo: a) insuficiencia de pruebas del hecho imputado, b) el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa de justificación o de inculpabilidad, c) no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes, d) porque la acción penal ha prescrito, e) porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca San Martín Castro, "Más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos – y siempre según la jurisprudencia mayoritaria –, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada (...) Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros

107. Del mismo modo, ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*. 2. ed. Lima: Ed. Alternativas, 1999, p. 315.

motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa – o puede pasar – por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso (...) del auto que decreta el archivo de un proceso, aún en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia".[108]

En todos estos casos, cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no ha lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, estando absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aún cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente. La seguridad jurídica, como garantía del Estado de Derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribe o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el Derecho penal. Como reseña Sánchez Velarde, "dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale el sometimiento a un nuevo juicio valorativo".[109]

Debe aceptarse como corolario que si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino por ejemplo a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada, la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

108. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 503.
109. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 356.

¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*

Günter Stratenwerth
Profesor emérito de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Basilea, Suiza.

Resumen: La teoría de los fines de la pena, uno de los más comunes instrumentos argumentativos entre los autores de orientación "funcionalista", es sometida a una crítica dirigida a su capacidad de rendimiento para el trabajo sistemático y dogmático.

Abstract: The theory of the end of the penalty, one of the most common argumentative instruments between the "functionalist" oriented authors, has been submitted to a guided criticism regarding its efficient capacity towards systematic and dogmatic work.

Palavras-clave: Funcionalismo – Teoría del delito – Fines de la pena – Prevención general positiva – Finalismo.

Keywords: Functionalism – Theory of delict – End of penalty – General positive prevention.

I

El reflexionar sobre el sentido y el fin de la pena pública ha valido desde antiguo no sólo para la cuestión de si ha de justificarse una tal sanción y, en su caso, en qué medida, sino que casi siempre afecta también a las consecuencias que habría

* *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1995, versión reelaborada de la conferencia dictada por el autor ante la *Juristischen Gesellschaft zu Berlin* (Sociedad jurídica de Berlín), el 19.10.1994. Traducción de Marcelo A. Sancinetti (Universidad de Buenos Aires); revisión de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires).

que extraer de ello para su clase y medida en particular. Sin embargo, recién en la Edad Moderna y especialmente con la Ilustración comienzan los intentos por ocuparse de modo diferenciado de los posibles fines de la pena, también de sus antinomias,[1] y esto significa, elaborar con más precisión las diferentes consecuencias a las que ellos tienen que conducir en la teoría y en la práctica. Esta discusión tiene su primer punto álgido en la célebre controversia entre Grolman y Feuerbach. El otro lo configura, naturalmente, la lucha de escuelas en el cambio del siglo pasado al nuestro. El paso espectacular a este respecto, que ha dado v. Liszt, consistió no tanto en la recuperación de la idea de la prevención especial, que Grolman había defendido finalmente sin éxito, como más bien en la pretensión de poder decidir la lucha de las teorías de la pena de modo definitivo, con los medios de las ciencias empíricas, en la medida en que sólo fue investigado el delito como manifestación social, la pena como función social, y en tanto se estableció "con certeza *científica* el efecto de la pena, de servir a la protección de los bienes jurídicos y a la evitación del delito".[2] De ese modo, se garantizaba la prevención del delito si bien no como el único fin de la pena, sí como el fin primario. Ésta es una idea que, como se sabe, seguimos aún hoy en gran parte.

En el curso de esta evolución se ha ampliado constantemente el círculo de cuestiones que deben ser decididas con ayuda de la teoría de los fines de la pena. Si en la Antigüedad y en la Edad Media estaba en juego, siempre de modo muy general, el uso razonable y medido del Derecho Penal como tal, con la Ilustración comenzó la discusión más precisa acerca de las clases individuales de pena, que fueron combatidas por inadmisibles, crueles, dañosas o incluso inútiles.[3] La "moderna" escuela ya desarrolló entonces, como es sabido, a partir del fin de la pena de la prevención especial, un sistema amplio de sanciones penales, que nos ocupa hasta la actualidad. Por ello, podria parecer como un paso en cierta medida obligado de la evolución de la historia dogmática lo que hoy es ensalzado como el

1. Seelmann, ZStrW, t. 101 (1989), pp. 335, 341 y s.
2. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 1, 1905, p. 162.
3. Cf. Seelmann (n. 1), pp. 339 y ss., 346 y ss.

escalón más alto (¿por ahora?) de la reflexión teórica del Derecho Penal: a saber, el intento de reconducir, a partir de aquí, más o menos inmediatamente a los fines de la pena, a puntos de vista de la prevención, incluso las reglas esenciales de la imputación jurídico-penal.[4]

Naturalmente, aquí siempre se dio una relación ya en la medida en que el "fin" de una pena que (al menos también) ha de retribuir el delito, presupone un reproche de culpabilidad, en torno al cual, por su lado, gira la teoría del hecho punible en todas sus partes. Aquello que puede ser posible objeto de la valoración jurídico-penal se sigue de las categorías de tal valoración.[5] Eso es lo que se quiso significar cuando Radbruch dijo, respecto del esquema del delito de Beling de tres eslabones, que los elementos del delito se "deducirían, a partir de entonces, todos del fin de la pena",[6] o cuando Schmidhäuser quiso que la sistemática de los elementos del hecho punible desarrollada por él fuera entendida como "teleológica", en el sentido de que ella estaba orientada conscientemente a la consecuencia jurídica de la pena de que se trata.[7] El ver en esto ya el programa de un sistema de derecho penal *racional-final* es una distorsión burda de los contextos.[8] De racionalidad orientada a fines se puede hablar recién cuando los fines de la pena proclamados por las teorías relativas sean referidos a la teoría del hecho punible, cuando la dogmática del derecho penal, dicho a grandes rasgos, sea entendida como un derivado de la política criminal. *Este* camino ha sido transitado, de modo incipiente, recién por Roxin, en el año 1970,[9] pero, desde entonces, ha hallado no pocos partidarios. A

4. Véase ante todo Schünemann, en: ídem (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 1, 18 y ss., 45 y ss.; Roxin. *Strafrecht Allg. Teil*, 2. ed., 1994, § 7, n. 11 y ss.

5. Cf. Stratenwerth: *Strafrecht, Allg. Teil I*, 1971, n. 3: "El carácter de una consecuencia jurídica delimita necesariamente las circunstancias de hecho a las que ha de referirse".

6. En: *Festgabe für Frank*, t. I, 1930, pp. 158, 162 y s.

7. *Strafrecht, Allg. Teil*, 2. ed., 1975, p. 140; sustancialmente del mismo modo ya en: *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, pp. 268, 276.

8. Así, empero, Schünemann (n. 4), p. 46, con n. 97; cf. también su referencia a Radbruch, en: *Festschrift für Rudolf Schmitt*, 1992, pp. 117, 122, con n. 19.

9. En: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970; 2. ed., 1973. Sin embargo, según Seelmann (ZStrW, t. 97 [1985], pp. 241 y ss.) ya en los autores del siglo XVII y del XVIII se hallan

este respecto, Roxin se limitó, en lo esencial, ante todo, a reconducir algunas reglas de la teoría de la culpabilidad del derecho penal a puntos de vista de la prevención. Otros, como Amelung, han hecho valer que la política criminal (naturalmente) también estaría en juego en la descripción del ilícito punible,[10] o bien han erigido, como Jakobs, un edificio completo de doctrina sobre la base de la premisa de que en definitiva para toda regla de la imputación jurídico-penal habría una explicación preventiva suficiente.[11] Como común denominador opera el concepto colectivo de un sistema del derecho penal *funcional* (o justamente también racional-final).[12]

Ya antes de ahora he discutido las explicaciones funcionales del concepto de culpabilidad[13] y desearía no repetir ello aquí. Mi conferencia de hoy comienza, para así decirlo, por el polo opuesto, al plantear la cuestión de si la teoría de los fines de la pena puede aportar en definitiva aquello que se le exige con el funcionalismo. Para anticipar la tesis: opino que no puede hacerlo. Naturalmente, el derecho penal tiene que justificarse, como instrumento profano del control social, también mediante los fines que debe cumplir. En tanto las teorías relativas, sin embargo, deban servir – y muy ampliamente – para decidir en particular sobre las estructuras básicas de la imputación jurídico-penal o incluso sólo sobre la clase y medida de la sanción jurídico-penal, serán sobreexigidas sin remedio, mientras no se trate de meras correcciones marginales. Lo que aparece como explicación "funcional" se revela por ello, en un vasto margen, como mera afirmación de las teorías de la pena de gran discrecionalidad, que en el mejor de los casos podrá ser

intentos por determinar los criterios de la imputación jurídico-penal a partir de los fines de la pena. También ya v. Liszt reflexionó sobre las consecuencias del pensamiento puramente preventivo-especial para la significación de la capacidad de imputación, para mencionar sólo este elemento (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, 1905, pp. 214 y ss.). Un puro "concepto-zanja" (Schünemann, en: *Festschrift für Schmitt* [n. 81], p. 125) no hubo nunca. [*Nota del Traductor*. "concepto-zanja" quiere decir aquí "una completa separación entre dogmática del derecho penal y política criminal".]

10. En: Schünemann (comp.), *Grundfragen* (*supra*, n. 4), pp. 85, 90 y s.
11. Véase ante todo: *Strafrecht, Allg. Teil*, 2. ed., 1992.
12. Cf. tan sólo Roxin (n. 4), § 7, n. 23 y ss.
13. En: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977.

plausible, pero que en general ni siquiera pretende ser verificable racionalmente –y esto significa, empíricamente–. Con ello no se le hace un favor a nadie. Querer deducir los presupuestos y modalidades de la responsabilidad jurídico-penal más o menos exclusivamente a partir de determinados fines político-criminales preestablecidos, significa más bien aferrarse a una forma del pensamiento instrumental que ni siquiera permite ver ya esenciales aspectos socioculturales del derecho penal. Y esto significa, a la vez, conservar, también en la teoría de la pena, los esquemas de pensamiento de los cuales ella misma debiera desvincularse, en vista de nuevos desarrollos del derecho penal.

Deseo intentar fundamentar con más detalle estas objeciones.

II

Eso hace necesario resumir primeramente el estado actual de la discusión de los fines de la pena, tener presente qué es lo que, según ello, todavía se puede decir, en suma, sobre el sentido y fin de la pena. Como es sabido, en la literatura del derecho penal de lengua alemana de las últimas décadas esta cuestión ha ocupado un espacio desproporcionadamente amplio, incluso en comparación con el número de publicaciones jurídicas, que de todos modos aumenta en progresión geométrica. En esto se expresa, como es notorio, la difundida sensación de que las respuestas tradicionales ya no bastan, que los posibles fines de la pena tienen que estar determinados de modo distinto o bien con más precisión que hasta ahora, aun cuando la discusión, por lo general, siga siendo siempre conducida con las categorías conceptuales tradicionales de teorías absolutas y relativas, de retribución, prevención general y prevención especial.

1. Quienes se muestran menos afectados por la semilla de la duda son, ciertamente, los partidarios de una teoría absoluta de la pena, desde siempre defensores imperturbables de posiciones puramente dogmáticas, como se ve, por ejemplo, en Kant. Lo que resulta más sorprendente, quizás, es que aún existan. El juicio apodíctico de Roxin, pronunciado hace poco menos de diez años, de que

"hoy ya no se defiende más" una teoría absoluta, ni "tampoco podría ser defendida ya en un Estado moderno, para el cual la pena es un instrumento político-social",[14] fue, en todo caso, un veredicto prematuro, del mismo modo que lo fue la afirmación contrapuesta, formulada por Binding un siglo antes, en las postrimerías de la lucha de escuelas de que una teoría relativa de la pena " ya no puede pretender un lugar en nuestra ciencia".[15] El "Adiós a Kant y Hegel",[16] proclamado ya en 1968 por Ulrich Klug, por ahora no ha tenido lugar. Para los representantes de la pura retribución de la culpabilidad, empero, está proscripta, naturalmente, toda concesión al funcionalismo, cualquiera que sea su especie. En tanto ellos no dejen completamente intacto el pensamiento orientado a fines concretos de la pena, resuelven el problema a su manera, en el sentido de una armonía preestablecida. Así, por ejemplo, Ernst Amadeus Wolff asegura que la "fidelidad al derecho" de la población podría ser fortalecida sólo por una condena que se exprese como compensación justa del hecho culpable, aun cuando él ve que las expectativas reales de sanción podrían sobrepasar completamente la medida de la pena adecuada a la culpabilidad, como también estar por debajo de ella. Qué sea "fidelidad al derecho" es definido de modo sencillamente normativo, como la "adquisición permanente de la comprensión real".[17] Y así, por ejemplo, Michael Köhler, cree poder integrar consideraciones preventivo-generales con la teoría absoluta, al considerar que el aumento extraordinario de hechos punibles de determinada clase, causa admisible de agravación de la pena según la praxis del BGH,[18] es una circunstancia que también eleva el contenido de ilícito del hecho individual y que, consecuentemente, puede ser imputada a la culpabilidad del autor,[19] sin atender al hecho de que el autor difícilmente capte esta relación. A partir de

14. En: Schöch (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 47. El simposio reproducido aquí se celebró en 1985.

15. *Grundriß der Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, 2. ed., 1878, p. 94.

16. En: Jürgen Baumann (comp.): *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, pp. 36 y ss.

17. E. A. Wolff, ZStrW, t. 97 (1985), pp. 786, 803 y s.

18. BGHSt, t. 17, pp. 321, 324.

19. *Über den Zusammenbang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, pp. 49 y ss.

aquí, sigue subsistente, básicamente, la antigua objeción fundamental contra las teorías absolutas de la pena: aun cuando ellas le atribuyan a la pena el efecto de suprimir realmente del mundo un conflicto social manifiesto (así como podría haber sido el caso, por ejemplo, en Hegel, si él es interpretado acertadamente),[20] no tienen nada que decir respecto de ella como suceso social real, como forma determinada de la interacción entre las personas afectadas. Ello las hace aparecer, pues, con todo, como una posición más bien marginal dentro de la discusión sobre los fines de la pena.

2. Pero también las teorías relativas de la pena, en su forma tradicional, han perdido toda fuerza de convicción, al menos en la medida en que proclaman un único fin de la pena, o bien, si no, uno que sea el único determinante.

a) En primer lugar, ello vale para la prevención general en su variante apostrofada hoy como "negativa", como la intimidación de los potenciales infractores de la ley, a producir mediante la amenaza e imposición de pena. Mientras que esta idea todavía juega un papel muy considerable en la opinión pública y probablemente también en la jurisprudencia, especialmente en la medición de la pena, ha perdido todo crédito en la ciencia. Aquí subsiste ante todo, teoréticamente, la antigua objeción básica que se reconduce nuevamente a Kant y a Hegel, según la cual la intimidación denigra a sus destinatarios a meros objetos de adiestramiento. Junto a ello podría ser de un peso probablemente aun mayor la comprobación fundada en consideraciones de las ciencias sociales, de que el modelo presupuesto en la prevención por intimidación, de influir sobre la conducta humana, se corresponde a la realidad –si es que se corresponde– sólo parcialmente. Las decisiones en favor y en contra de cometer un hecho punible normalmente no son tomadas ni por una ponderación racional de las ventajas y desventajas, ni, para así decirlo, puntualmente, de caso a caso. Ellas se corresponden, mayormente, a convicciones valorativas determinantes a más largo plazo y a disposiciones a realizar la conducta; y por el momento es completamente

20. Cf. Seelmann, JuS, 1979, pp. 687, 691.

desconocido qué papel juega la presión externa en la adquisición y conservación de tales disposiciones.[21]

Tampoco han modificado nada de esto las innumerables investigaciones empíricas que se han llevado a cabo, entretanto, con el fin de demostrar relaciones significativas entre determinada praxis penal y el desarrollo de la criminalidad. Los mecanismos de efectividad de la prevención general positiva, para citar a Michael Bock, hasta ahora no se han abierto paso.[22] Sólo es en cierta medida segura la constatación de que la vigencia de una norma depende, ciertamente, de si su infracción es sancionada jurídico-penalmente, mientras que, dentro de un amplio espectro, no parece importar la clase y medida de la sanción: "Toda pena que pone en claro el quebrantamiento de la norma y que no lo presenta como inofensivo es apropiada para cumplir la misión preventivo-general del derecho penal", reza la frase con que Schöch ha resumido las consecuencias de un relevamiento realizado por él en común con H.-L. Schreiber, en completa consonancia con otros análisis.[23] Vale el *slogan* de la (amplia) "intercambiabilidad de las sanciones".[24] Y si a comienzos de los años 70, todavía se podía preguntar, con Roxin, qué justificaba la suposición de que el efecto preventivo general de la pena, a diferencia del de la prevención especial, fuera seguro,[25] sólo se puede contestar hoy realmente, de nuevo con Roxin: únicamente la circunstancia de que esta suposición en todo caso no puede ser refutada.[26]

b) Entretanto, no es menos precaria la posición del fin de la pena de la prevención especial, en su concepción tradicional. Él padece, por cierto, en todo caso, del defecto en cierta medida congénito de que no dice absolutamente nada sobre el sentido de la amenaza de la pena, sino que ella puede tener en suma alguna función

21. Al respecto, recientemente Baurmann, GA, t. 141 (1994), pp. 368, 371 y ss.
22. JuS, 1994, pp. 89, 95 y s.
23. En: *Festrchrift für Jescheck*, 1985, vol. 2, pp. 1.081, 1.104.
24. Cf. sólo Kaiser, *Kriminologie*, 9. ed., 1993, p. 128.
25. ZStrW, t. 84 (1972), pp. 993, 996.
26. *Allg. Teil* (n. 4), § 3, n. 30.

práctica, recién cuando ya ha pasado algo. Por el contrario, en lo que se refiere a las formas particulares de influjo preventivo-especial sobre el autor del hecho punible, la intimidación del delincuente ocasional comparte en el fondo – con el lema de *short sharp shock*, nuevamente puesto en boga –, las debilidades de la prevención general negativa, pues puede ser vista como su caso especial: no se sabe bien para qué sirve el modelo de conducta subyacente, ni – prescindiendo de las notorias desventajas de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración – se sabe prácticamente nada acerca de cómo se puede producir intimidación – si es que se puede – en los ámbitos sancionatorios de menor gravedad. Por otra parte, en el sistema actual de sanciones, la seguridad mencionada aún en v. Liszt como "hacer inofensivo" al autor se ajusta como fin de la *pena*, así y todo, sólo a la privación de libertad, por tanto, sólo a una sección muy pequeña de la práctica penal, y caracteriza también aquí como el verdadero sentido de la sanción, a lo sumo, más bien a una consecuencia colateral. Por tanto, sólo queda la "corrección o la resocialización, y a este respecto con mayor razón la cuestión se hace difícil.

También ello puede ser verdadero fin de la pena sólo en caso de pena privativa de libertad. Pero, en esa medida, sólo sabemos, en el fondo, que con la receta considerada correcta durante siglos, del "acostumbramiento [del condenado] al trabajo regular, honrado", que ha defendido el mismo v. Liszt,[27] en todo caso no basta. Al contrario, por el momento no se puede hablar de conocimientos seguros acerca de qué forma de terapia social en qué clase de conducta disocial, bajo ciertas circunstancias, pudiera ser de ayuda. Los resultados de la evaluación del tratamiento terapéutico-social son hasta ahora completamente decepcionantes,[28] de modo que una privación de libertad desde *este* punto de vista tiene que aparecer como relativamente carente de finalidad, si no corno contraproducente.[29] De este modo, empero, los reparos de principio contra el fin de "corrección" de la pena

27. *Aufsätze und Vorträge* (n. 9), p. 209.
28. Cf., últimamente, Ortmann, ZStrW, t. 106 (1994), pp. 782, 817 y ss.
29. Bock (n. 22), pp. 93 y ss.

cobran un peso tanto mayor como difícil de replicar es, sobre todo, la objeción de que también el intento de una resocialización, si es impuesta coactivamente al condenado, lo rebaja a objeto de técnicas de manipulación.[30] Lo que se puede sostener a partir de aquí es solamente una oferta de ayuda para la superación de las dificultades de la vida, y así como ello puede ser necesario o tener pleno sentido, en la misma medida no puede ser el fin primario de la pena.

3. El hecho de que las teorías tradicionales sobre el fin de la pena, comparadas con la infalibilidad que ellas han pretendido en la lucha de escuelas de fines de siglo y comienzos de éste, puedan defenderse aún sólo con muchas fracturas y relativización, es una de las razones, seguramente, para la coyuntura de la que goza actualmente una versión ya a primera vista menos atacable, la teoría de la llamada prevención general positiva. Como se sabe, se trata aquí del fortalecimiento de la pretensión de vigencia de la norma penalmente protegida, o bien, también del ordenamiento jurídico como totalidad. La idea en sí no es nueva. También ella puede ser reconducida, si se quiere, a Hegel, y en todo caso encontrarla expresada ya en una de las frases centrales del *Tratado de parte general* de 1953, de Hellmuth Mayer: conforme a ello, "el mérito principal de la pena reside en su fuerza de configuración de las costumbres", referida no sólo a la imposición de las normas nuevas, sino justamente también a la ratificación de las normas sociales ya reconocidas.[31] Hoy son citadas repetidamente las fórmulas acuñadas sobre todo por el Tribunal Supremo Federal para el concepto de "defensa del ordenamiento jurídico", y asumidas por el Tribunal Constitucional Federal, según las cuales el derecho penal tiene que mantener y fortalecer "la confianza de la población en la inquebrantabilidad del derecho y en la protección del ordenamiento jurídico ante ataques criminales",[32] o más brevemente: la confianza en la "resistencia y efectividad del ordenamiento jurídico".[33]

30. Al respecto, en profundidad, Baurmann: *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987.
31. *Strafrecht, Allg. Teil.*, 1953, p. 23.
32. BGHSt, t. 24, pp. 40, 46.
33. BVerfGE, t. 45, pp. 187, 255 y ss.

Entretanto, a ello hay que añadir el esfuerzo por distinguir conceptualmente –de un modo sumamente característico de la doctrina alemana del derecho penal– entre un número de efectos en los cuales se debe desenvolver la prevención general positiva. Fuera del "efecto de confianza destacado por la jurisprudencia, se ve un "efecto de enseñanza" que habría de resultar de la demostración de los costos negativos de la conducta punible, una forma de ejercitación en la confianza en el derecho y en la norma, que se aproxima sospechosamente a la intimidación de los viejos tiempos, además, un "efecto de satisfacción" etiquetado también como "prevención integración", el cual ha de resolver el conflicto creado por el hecho punible,[34] y, finalmente, aun otros venturosos influjos tanto sobre el autor en la forma de "ejercitarse en la aceptación de las consecuencias" de su hecho,[35] como sobre la generalidad, a fuerza de la función ejemplificativa del derecho penal y de la pena respecto de un manejo humano de las desviaciones de la norma.[36]

Podría parecer a primera vista como de pocas perspectivas el vincular consecuencias concretas a esta enredada cantidad de fines de la pena que se hallan unos junto a otros y quizá también unos contra otros. Sin embargo, a ello se le contrapone la constatación consoladora de que todos ellos por el momento y hasta nuevo aviso no son revisables empíricamente. Respecto de la prevención integración, Müller-Dietz, en vista de la complejidad de la conducta social humana, ha planteado ya hace años la cuestión de "si los criterios que habría que establecer para tal instrumental metódico se pueden llegar a cumplir".[37] En tiempos más recientes, Michael Bock no sólo ha agregado que sobre la prevención general positiva se sabe, hoy como ayer, "prácticamente nada", sino que incluso la ha catalogado, más bien irónicamente, como "inmune a la investigación empírica".[38] Y en todo caso las

34. En esa medida coincidentemente Jakobs (n. 11), pp. 13 y s.; Roxin (n. 14), p. 48; *Allg. Teil* (n. 4), § 3, n. 27.

35. Así, Jakobs: lug. cit. (n. 34).

36. Así, Hassemer. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed., 1990, pp. 326 y s.

37. En: *Festschrift für Jescheck*, 1985, vol. 2, pp. 813, 821.

38. ZStrW, t. 103 (1991), pp. 636, 654, 656; cf. también (n. 22), pp. 96 y ss.

ciencias sociales aún se ocupan hasta hoy de meras "reflexiones preliminares sobre una teoría empírica de la prevención general positiva", tal como ha sido puesta en discusión recientemente, por ejemplo, por Baurmann.[39] En tales circunstancias, no puede sorprender que la teoría de la prevención general positiva, en su más reciente versión, rebautizada como "teoría de la retribución funcional", ya ni siquiera pretenda más expresar algo sobre la realidad: El fin de la pena de "ejercitar en la confianza en la norma" no debe ser entendido, según Heiko Lesch, "en un sentido psicológico-real, empíricamente comprobable", sino que solamente expresaría "que también en el futuro uno *podrá* seguir orientándose según la norma, que uno estará dentro del derecho, si confía en su vigencia".[40] Frente a ello, sin embargo, Jakobs continuaba atribuyéndole a la pena el efecto *real* de "que la norma permanezca fácticamente como modelo de orientación idóneo para la conducta social".[41]

Pero, sea como fuere, el punto verdadero de la teoría de la prevención general positiva al que ella debe su especial atractivo podría consistir precisamente en que *no* se puede afirmar un fin de la pena determinado de modo suficientemente preciso, y que con su amplia variedad de posibles efectos de la pena más bien tiene algo que ofrecerle prácticamente a cualquiera. A pesar de la etiqueta, de ningún modo se trata allí solamente, y ni siquiera en primer lugar, de la prevención de delitos,[42] sino principalmente, y antes que ninguna otra cosa, lisa y llanamente del importante alivio que significa para todos la existencia y la seguridad del ordenamiento jurídicamente protegido. La teoría del Estado, especialmente la teoría del contrato estatal habla de ello desde antiguo. Naturalmente, *una* de las tareas que tienen que cumplir el derecho penal y la pena también es la de impedir delitos que de otro modo habrían cometido posible o probablemente un autor determinado o

39. GA, t. 141 (1994), pp. 368 y ss.

40. Así, Lesch, *JA*, 1994, pp. 510, 590, 598. A pesar de ello, allí se habla de una situación en la que el derecho penal "ya no podría cumplir fácticamente" (!) su función de "producir una estabilización suficiente de la norma" (p. 599).

41. Lug. cit. (n. 11), p. 10.

42. En esto hay que estar de acuerdo con Lesch (n. 40).

terceros indeterminados. Pero fortalecer la vigencia de normas jurídicas elementales significa mucho más. Por otro lado, hacer eso de ningún modo es solamente asunto de la justicia penal. En esa medida, la teoría de la prevención general positiva ni siquiera aparece ya como una teoría específica de la *pena*.

4. El esquema tradicional de los fines de la pena de retribución, prevención general y prevención especial estalla definitivamente, por lo demás, al atribuírsele con creciente énfasis al derecho penal, desde comienzos de los años 80, una tarea que, sin embargo, no puede tener cabida en él, o que puede tenerla sólo forzadamente. Me refiero a la compensación víctima-autor. A este respecto, está completamente fuera de cuestión que la reparación del daño irrogado por el delito puede contribuir en un vasto trecho, o que incluso baste para restablecer la paz jurídica perturbada. Pero el restablecimiento de la paz jurídica, de la confianza en el ordenamiento jurídicamente protegido, si es que este concepto ha de tener aún un sentido asequible, justamente no es idéntico a la prevención, y no lo es aun cuando se la bautice de modo rimbombante, como prevención integración.[43] Con mayor razón son poco convincentes los intentos por darle a la reparación también un sentido preventivo-especial. Pues, en primer lugar, a ello le corresponde una representación muy simplista de la resocialización: su contenido sería que la reparación obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a la persona de la víctima, y que le facilita la reinserción en caso de una reconciliación de los participantes.[44] Pero además, y principalmente, a tales explicaciones se le debe objetar que desnaturalizan la idea de compensación autor-víctima, dejando que aparezca como mero medio para un fin, como si la protección de los intereses de la víctima – ideales y materiales – no fuera ya también *como tal* una tarea del derecho penal, que él tuviera que cumplir aun cuando, como en el famoso ejemplo de Kant

43. De otro modo, Roxin (n. 14), pp. 48 y ss.; pero en el mismo sentido que aquí, ya Seelmann, ZEE, t. 25 (1981), pp. 44, 51 y ss.; cf. también Stratenwerth, en: *Wiedergutmachung und Strafrecht* (n. 14), pp. 60 y s.

44. Roxin (n. 4), § 3, n. 64.

de la isla, no hubiera que prevenir ningún otro hecho punible más hasta el final de los tiempos. Brevemente: El fin de prevención, en esa medida, tampoco puede pretender más ser "el valor rector reconocido en general de la administración de justicia penal".[45]

III

Si, a partir de aquí, retomamos la cuestión que verdaderamente interesa, de si a partir de la teoría de los fines de la pena, en este estado en que se halla, se pueden derivar consecuencias jurídicas concretas, y, en su caso, en qué medida, se debería prescindir de antemano de las extraordinarias, cuando no insuperables dificultades que se le contraponen. Eso se refiere ante todo a una dogmática del derecho penal racional-final o funcional, pero vale también, en lo esencial, para el ámbito de las sanciones del derecho penal. Deseo demostrar esto con más detalle.

1. Para comenzar con la evolución más reciente, por tanto, con las teorías del derecho penal que se comprometen a hacer comprensibles las reglas de la imputación penal, hasta en sus detalles, a partir del fin de la pena, las necesidades de prevención, según ello, deberían asignar –para mencionar sólo ejemplos– ya a la "estructura final de la acción humana" una función clave, porque un derecho penal que se haya puesto la meta de lograr efectos preventivo-generales sobre los ciudadanos con la finalidad de evitar conductas lesivas de bienes jurídicos, opera a través de una motivación correspondiente de los subordinados al derecho.[46] Además, ellas serán responsables del mayor castigo del actuar doloso y también establecerán el contenido del sustrato psíquico correspondiente, desde el punto de vista de la prevención general, por los "efectos negativos psicológico-sociales y peligros para los bienes jurídicos", que en especial medida están vinculados con tal actuar, desde aspectos preventivo-especiales, por el contrario, porque el "agente

45. Así, empero, Schünemann (n. 4), p. 46.
46. Schünemann (n. 4), p. 49.

doloso corporiza a aquel autor que característicamente requiere la pena en mayor medida, o bien, nuevamente, en medida especial".[47] Las exigencias de la prevención general, entendidas en el sentido de mantener la vigencia de la norma, han de poder hacer comprensible en suma "todo el lado subjetivo del hecho, tanto el dolo y la imprudencia como su distinción";[48] han de aclarar el papel de la capacidad de culpabilidad del autor,[49] al igual que el tratamiento del error de prohibición[50] o de la inexigibilidad del actuar conforme a derecho,[51] e incluso serán decisivos en cuestiones dudosas sutiles, como la de la adecuada clasificación de los especiales elementos de la culpabilidad que fundamentan la pena.[52] La serie de pruebas de esta clase se podría prolongar casi a discreción.

A una tal dogmática funcional o racional-final del derecho penal le queda por resolver en primer lugar, en vista del estado antes referido de la más reciente discusión sobre los fines de la pena, el enigma de cómo pueden ser compatibilizadas ambas cosas: lo limitado e inseguro de las teorías de la pena y lo concluyente de las consecuencias que, a pesar de ello, deberían permitir. No es que sus defensores no sean conscientes de los déficit masivos de nuestro conocimiento empírico. A modo de ejemplo, Frisch ha mencionado a "la cuestión fundamental de si la pena es en suma un medio apropiado para combatir y sancionar las formas de conducta desviada", como un problema básico, para el cual hay que "presuponer sencillamente, como principio, una respuesta positiva",[53] y respecto del tema de la medición de la pena ha señalado muy bien que, por el momento, no son posibles en absoluto expresiones exactas sobre el efecto de intimidación preventivo-general o sobre la pena correcta desde el

47. Frisch: *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 49 y s.

48. Jakobs: ZStrW, t. 101 (1989), pp. 516 y ss.

49. Roxin, en: *Festschrift für Bockelmann*, 1978, pp. 279, 300 y ss.

50. Jakobs (n. 48): pp. 533 y ss.

51. Cf. sólo Roxin, *Kriminalpolitik* (n. 9), pp. 33 y s.; ídem, *Allg. Teil* (n. 4), § 19, n. 3, § 22, n. 35, entre otros.

52. Niedermair, ZStrW, t. 106 (1994), pp. 388, 393 y ss.

53. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 140; cf. también Vorsatz und Risiko (n. 47), p. 48, con n. 83.

punto de vista preventivo-especial (y que no serán posibles por mucho tiempo).[54] En tales circunstancias, las conclusiones sobre cuestiones particulares de la dogmática del derecho penal penden sencillamente del aire: *si* es que ellas son evidentes, no es precisamente por razones de prevención. La cuestión no es esencialmente diferente en Roxin, quien confiesa directamente "que sobre los efectos general-preventivos de las normas sabemos en suma pocas cosas seguras",[55] y se remite por ello a la afirmación ya mencionada de que la hipótesis según la cual la práctica de la punición estatal tiene el efecto de impedir el delito "precisamente por ello (...) es difícilmente falseable".[56] Nuevamente no es posible entender cómo una hipótesis general de esa índole podría ser transformada en expresiones concretas sobre difíciles problemas de detalle, si no se infiriera precisamente a la inversa, a partir de la plausibilidad de una solución, las necesidades preventivas correspondientes. Finalmente, la misma estrategia se da, para mencionar sólo un ejemplo más, en Schünemann, quien por un lado no titubea en caracterizar como "no resuelta" la cuestión de bajo qué condiciones el derecho penal tiene efectos preventivo-generales,[57] pero, por otro lado, sabe transmitir de modo absoluto que "la prevención general-integración o positiva presupone como regla la evitabilidad individual del hecho para el autor",[58] o, también, que "la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social manifestada por el hecho punible".[59] Afirmaciones de esa índole podrían ser en cierta medida evidentes –así como también son indemostrables–, pero justamente sólo porque ellas apelan exactamente a aquellas convicciones valorativas que, por su parte, deben fundamentar.

54. ZStrW, t. 99 (1987), pp. 365, 370 y s.

55. En: *Festschrift für Bockelmann* (n. 49), p. 300.

56. *Allg. Teil* (n. 4), § 3, n. 30.

57. *Grundfragen* (n. 4), p. 191.

58. En: *Festschrift für Schmitt* (n. 8), p. 135. Al contrario, se dice en otro lugar (*Grundfragen* [n. 4], p. 177) que, "para una (...) teoría empíricamente verificable [!] de la prevención general (...) simplemente no es correcto" que "la necesidad preventivo-general de la pena presuponga la prueba de la evitabilidad individual".

59. *Grundfragen* (n. 4), p. 191.

Pero aun cuando se quisiera hacer a un lado los masivos déficit de fundamentación de las teorías racional-finales del derecho penal, en el punto decisivo para ellas, de la relación medio-fin, resta una dificultad más, apenas menos grave: el conflicto entre posibles fines de la pena, que ocupa a la ciencia desde siglos, puede haber perdido hoy algo de agudeza, pero de ningún modo puede tenérselo por dirimido. Él se manifiesta más bien, precisamente, en que fines divergentes conducen en general a consecuencias diferentes y a lo sumo compatibles por casualidad. De ello, dogmáticamente, poco alarde se puede hacer. Por ello, quien argumenta de modo funcionalista también tiene que intentar eliminar las contradicciones, desde antiguo conocidas, de las teorías de la pena, y cómo sucede ello se hace visible, a modo de principio, ya en algunos de los textos antes citados. Lo más sencillo es, seguramente, darle prioridad a un fin de la pena y redefinir los otros de modo correspondiente, o reconocerlos sólo en la medida en que ellos puedan ser compatibilizados con aquél más o menos sin violencias. Así proceden ya los partidarios de las teorías absolutas, cuando, como se mencionó, las necesidades de la prevención general son proyectadas a la culpabilidad por el hecho, o cuando los esfuerzos por la resocialización son rebajados a actos de mero "querer el bienestar".[60] La contrapartida funcional se halla por ejemplo en el aseguramiento de que la pena adecuada a la culpabilidad satisfaría el sentimiento de justicia a apaciguar según criterios de prevención general[61] o en la tesis de que la prevención especial podría realizarse sólo bajo las condiciones de la prevención general positiva.[62] Sin embargo, eso, precisamente desde el punto de vista racional-final, apenas puede ser fundamentado o no puede serlo en absoluto. Por tanto, con mayor frecuencia se transita también el otro camino, el de sugerir de todos modos una concordancia entre las exigencias de la prevención general con las de la prevención especial. Así, como vimos, el actuar doloso sería especialmente merecedor de pena, tanto

60. Así, en Köhler (n. 19), pp. 14, 17.
61. Roxin: *Wiedergutmachung* (n. 14), p. 48.
62. Jakobs (n. 11), p. 26.

por sus "efectos psicológico-sociales", como por el hecho de que aquí el autor requiere la pena en mayor medida,[63] como si se pudiera juzgar sobre lo impuesto desde el punto de vista preventivo-especial de modo tan global. O bien, como igualmente ya se observó, se restringe el sentido de la reparación del daño en primer lugar a la mera prevención, para otorgarle luego, sin embargo, tanto ventajas preventivo-generales cuanto especiales,[64] como si, con la misma razón, no se pudiera defender también la tesis de que la compensación autor-víctima podría "reducir de modo inadecuado" la prevención general.[65] Por ello, lo que se presenta aquí como deducción racional-final, puede pretender, en esa medida, sólo el *status* de una construcción extremadamente atacable, cuyo valor de conocimiento es reducido.

2. No debería ser superfluo agregar que el intento de transformar determinados fines de la pena en consecuencias jurídicas concretas se topa, en lo esencial, con impedimentos similares en el ámbito de las sanciones. El principio de la intercambiabilidad de las sanciones significa, por cierto, que precisamente no se puede decir qué clase de pena sería más efectiva, por ejemplo, desde el punto de vista preventivo-general o también especial, si una pena privativa de libertad ejecutada o una de ejecución condicional, si una u otra forma de pena privativa de libertad o una pena de multa, si una pena privativa de libertad o de multa con prohibición de conducir vehículos o sin ella etc. Ello se muestra del modo más claro, allí donde ya la ley le indica al juez tener en cuenta determinados fines de la pena.

Es especialmente ilustrativa la praxis sobre la ya mencionada fórmula de la "defensa del ordenamiento jurídico" (§§ 47, 56, III, 59, I, StGB). Según el origen histórico, ella debe expresar – siguiendo a Hellmuth Mayer – la reserva preventivo-general de que consideraciones preventivo-especiales no deberían poner en

63. Frisch: lug. cit. (n. 47).
64. Roxin: lug. cit. (n. 44).
65. Hirsch: ZStrW, t. 102 (1990), pp. 534, 536, 545 y s.

peligro la pretensión de vigencia de las normas penalmente protegidas[66] y también predomina completamente la idea de concebirla así aún hoy. Sólo que las ciencias empíricas, como vimos, no están en absoluto en condiciones de proporcionar las informaciones de las que ello dependería realmente. Por consiguiente, suena en verdad a re-pregunta sobre las consecuencias efectivamente a esperar de la renuncia a una pena privativa de libertad inferior a 6 meses o a la ejecución completa de una pena privativa de libertad de 6 o más meses, cuando se dice que importaría si ello "podría ser entendido por la población, en vista de la inusual conformación concreta del caso, como injustificada indulgencia e insegura concesión ante el delito".[67] Pero el Tribunal Supremo Federal sabe, naturalmente, que de antemano no se puede saber nada fiable sobre las reacciones previsibles de la generalidad, sobre porque ellas – como él mismo destaca – dependen también de condiciones sobre las cuales la praxis, así y todo, apenas puede tener influencia, como, a modo de ejemplo, de si la población es informada completa y correctamente sobre las condenas penales,[68] o de en qué medida existe en ella "comprensión e ilustración sobre una moderna política criminal".[69] Por ello, por otra vía él elude detallar una serie completa de circunstancias referidas al hecho y al autor que, según su concepción, *podrían* o deberían ser decisivas acerca de qué exige la defensa del ordenamiento jurídico, y estas circunstancias son, como ha observado Stree secamente, todas aquellas "que ha considerado la jurisprudencia ya antes, y, por cierto, en el marco de la necesidad de expiación".[70] Por tanto, también aquí aparece de nuevo la solución aparente de apoyar decisiones normativas sobre necesidades de prevención que, por su parte, pueden ser afirmadas sólo si antes se presupone en la generalidad las valoraciones correspondientes. Por ello, deja de ser consecuente que la praxis judicial rechace totalmente por inadmisibles las

66. Naucke, entre otros, *Verteidigung der Rechtsordnung*, 1971, pp. 24 y ss.
67. BGHSt, t. 24, pp. 40, 46.
68. BGHSt, t. 24, pp. 64, 69.
69. Zipf, en: *Festschrift für Bruns*, 1978, pp. 205, 220.
70. En: Schönke/Schröder: *Strafgesetzbuch*, 24. ed., 1991, n. 20, previo a los §§ 38 *y* ss.

medidas de prueba que tienden a que se pueda conocer las posibles consecuencias de una sentencia, por ejemplo, mediante una encuesta representativa:[71] Se trata de preguntas que justamente nunca se pueden aclarar por ese camino. Probablemente no necesite explicar con más detalle que las cosas no ocurren de modo esencialmente distinto respecto de los "efectos sobre el autor" (§ 47), indispensables desde el punto de vista preventivo-especial.

En última instancia, ello vale también para la medición de la pena en sentido estricto, si es que deben ser investigados los efectos preventivo-generales de una medida de pena determinada o de aquellos que "son de esperar para la vida futura del autor en la sociedad" (§ 46, StGB). Debería ser suficiente con citar aquí a Eckhard Horn con el desalentador resumen de que es "totalmente falta de fundamento" la idea de "que sea posible orientar un determinado tiempo de pena (duración, medida) según puntos de vista de la prevención – cualquiera que sea la procedencia –". Pues a este respecto no existen criterios ni siquiera en cierta medida verificables.[72] Debo confesar que este veredicto alcanza también a mis propias esperanzas anteriores, expresadas en este lugar* hace más de veinte años, según las cuales en un tiempo previsible sería posible desarrollar una medición de la pena sobre bases empíricas.[73] Los escépticos[74] que hacían referencia al deficiente conocimiento empírico (lamentablemente) han tenido razón. Ello no significa que se deba o incluso que se pueda renunciar, en la medición de la pena, a considerar los conocimientos parciales sobre la eficacia real de las sanciones jurídico-penales que hoy existen a pesar de todo. Pero sí significa que también a partir de aquí y hasta nuevo aviso no se puede pensar en integrar lo que hacemos

71. Cf. Horn, *SK StGB, Allg. Teil*, 6. ed., 1994, n. 33 al § 47, con referencias.

72. Lug. cit. (n. 71), n. 26 al § 46.

* La referencia al mismo "lugar" es aclarada en la nota 73: la Sociedad Jurídica de Berlín.

73. *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pp. 31 y ss. (según una conferencia dictada el 21 de mayo de 1971 ante la *Juristischen Gesellschaft zu Berlín* [Sociedad Jurídica de Berlín]).

74. Así, especialmente, Lackner, JZ, 1967, pp. 513 y ss.; ídem, en: *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 117, 133 y ss.

en derecho penal en un sistema abarcador de racionalidad final – a pesar de todo lo que se pueda escribir sobre esto.

IV

Si es correcto este balance de aquello que la teoría delos fines de la pena – en contra de las amplias pretensiones con las cuales ella ha sido gravada –, al menos en el estado actual de las cosas *no* puede aportar, entonces, ello lleva a algo más que a sugerir, por fin, también la pregunta de qué valor relativo puede caberle a la totalidad de la grandilocuente discusión sobre las teorías de la pena, qué sentido ha de tener aún. Al respecto, algunas observaciones finales.

Una primera acotación debería ser manifiesta: la relativización crítica de las posiciones tradicionales, de la que aquí se ha informado, no significa que ellas sean lisa y llanamente desacertadas. Sólo significa que lo que ellas quieren hacer valer no es *toda* la verdad. Pero en todo caso es una parte de la verdad. La pena *tiene* sin duda la función de anular simbólicamente el quebrantamiento del derecho, y se puede presentar por ello, en la reflexión filosófica, como la "negación de la negación del derecho", que Hegel vio en ella. Ello no impide denominarla a la vez, más concretamente, como el inferir el mal que ella representa para el condenado. Tampoco excluye esperar de ella, bajo determinados presupuestos, el evitar hechos punibles que, si no, quizás habrían sido cometidos, o adscribirle, según las circunstancias, la tarea de resocialización o de compensación entre autor y víctima etc. No se trata de negar uno de estos posibles aspectos, sino solamente de oponerse a su absolutización. Ninguno de ellos puede pretender exclusividad.

Ante todo, esto significa que un único fin de la pena sólo puede ser formulado en un grado de abstracción muy alto, por ejemplo, si se dice que el derecho penal en todo caso tiene *una* tarea, ocuparse de una resolución controlada del conflicto que representa el quebrantamiento de la norma. Ésta es la idea subyacente que vincula entre sí a todos los pasos de la administración de justicia, desde la etapa de investigación hasta la ejecución de la pena, y, como yo pienso, también

hasta la reparación del daño. Lo que se diga para llevar a la práctica esta idea, por ende, para los fines de la pena en particular, tiene que ser mucho más concreto. A este respecto, ante todo carece de sentido, sencillamente, hacer jugar uno contra otro a los diversos planos de abstracción, tal como, por ejemplo, lo hizo v. Liszt, al mofarse de Hegel, con la muy citada frase de que una mirada al mejor establecimiento penal tendría que "poner en claro aun ante los ojos más torpes que la pena es, en la realidad, algo distinto al desarrollo dialéctico del concepto jurídico",[75] o bien, a partir de la dirección contraria, rechazar la idea de la prevención por intimidación, por seguir los principios, cuando no es posible negar que la pena, dentro de ciertos límites, tiene de hecho este efecto (¡y quiere tenerlo!). La discusión de las últimas décadas también debería haber enseñado, empero, que tiene tan poco sentido contraponer apodícticamente los fines concretos de la pena, como lo que ocurre nuevamente, por ejemplo, en el debate dado en los Estados Unidos sobre *just desert*. El quebrantamiento del derecho puede afectar a toda una serie de intereses legítimos, el intento de elaborarlo, puede exigir igualmente el cumplimiento de múltiples necesidades que pueden reflejarse en numerosos fines de la pena posibles. Cuáles sean estas necesidades depende en gran parte de circunstancias del caso concreto: en un homicidio en estado emocional, a diferencia de en los delitos económicos, no se trata de la intimidación a terceros; en un proceso por haberse matado a quien traspasaba el muro no se trata, al igual que en el caso de autores en serie, de evitar la recaída en el delito; en el tráfico de drogas, no se trata de una compensación entre autor y víctima, como quizá sí en un delito contra el patrimonio.

Si se toma en serio esta variabilidad de los fines de la pena, en el fondo conocida desde hace mucho tiempo, estará además fuera de duda – en contra de todas las teorías de la unión, también de su variante "dialéctica" –,[76] que la discusión

75. Lug. cit. (n. 2), pp. 330 y s.
76. Al respecto, Roxin (n. 4), § 3, n. 35.

ulterior no puede tener el sentido de elaborar entre ellos una unidad que no esté fundamentada materialmente. Entonces, ya no será necesario, para recurrir una vez más sólo a este ejemplo, reconducir *à tout prix* el esfuerzo por reparar el daño a necesidades de prevención, y, con ello, seguir documentando la tradicional desconsideración de los intereses de la víctima. Lo que debería ocuparnos hoy como ayer sería más bien solamente la cuestión de cuáles de los diversos fines que pudiera cumplir la pena merecen reconocimiento en general o aun bajo determinados presupuestos. A este respecto habría que "resolver" posibles contradicciones entre estos fines sólo en la forma en que también sucede en los demás casos de conflictos de intereses: mediante el intento de hallar una compensación sostenible según el respectivo rango. Probablemente no necesite repetir que esto debería suceder incorporando todas las fracciones del saber empírico que poseemos hasta ahora sobre los efectos de la pena. Por lo demás, sólo queda recurrir a suposiciones más o menos fundamentadas, en lo cual las inseguridades que se derivan de ello también pueden facilitar compromisos razonables, como por ejemplo concesiones de la prevención general a la prevención especial. Sólo se presupone que sean mantenidos sin reservas como soluciones no definitivas y que no sean estilizados en dogmas.

De esta forma no demasiado exigente, desde el punto de vista sistemático, la teoría de la pena aún puede aportar aquello para lo cual estuvo destinada principalmente desde siempre: proporcionar a la vez, con la reflexión sobre la legitimación de la pena pública, un parámetro crítico según el cual se pueda medir la realidad. Ella puede hacerlo, si se basa en constataciones y necesidades bien concretas, incluso de modo más sensato y preciso que una concepción funcional-sistémica omnicomprensiva, con la cual, debido a su grado de abstracción, cualquier cosa se puede poner en consonancia. Amenazar con la pena pública e imponerla es – como una forma precaria de interacción social – un proceso altamente complejo, con muchas facetas, con consecuencias deseadas e indeseadas, directas e indirectas, previsibles y desconocidas, que no pueden ser reducidas a una simple relación

causa-efecto. La teoría de la pena tiene que configurar el marco dentro del cual lleguen a su propósito todos estos aspectos, con la libertad de complementarlos y revisarlos, según el estado de nuestros conocimientos empíricos y criterios teóricos, pero que obliga ante todo a controlar una y otra vez las decisiones normativas que subyacen al reconocimiento y a la clasificación de los posibles fines de la pena. En otras palabras, el discurso sobre el sentido y fin de la pena no es un negocio que estaría concluido, si hubiéramos encontrado de una vez por todas la respuesta "correcta", sino una de aquellas tareas para la cual nunca podrá haber una solución definitiva.

O nexo de aumento do risco na teoria da imputação objetiva

Luyla Cavalcante de Souza
Advogada.

Sumário: Introdução – 1. O ponto de partida da discussão: os denominados comportamentos alternativos conforme o direito – 2. As principais propostas de solução: 2.1 Critério do fim da norma de cuidado: 2.1.1 Conteúdo da tese; 2.1.2 Principais críticas feitas à tese do fim da norma de cuidado; 2.2 Teoria da evitabilidade: 2.2.1 Conteúdo da teoria; 2.2.2 Principais críticas feitas à teoria da evitabilidade; 2.3 Teoria do aumento do risco: 2.3.1 Conteúdo da teoria; 2.3.2 Principais críticas feitas à teoria do aumento do risco – 3. Posicionamento: 3.1 Relevância e influência dos comportamentos alternativos conforme o direito para a imputação objetiva do resultado; 3.2 A teoria do aumento do risco como a solução dogmática e político-criminal apropriada – 4. Referências bibliográficas.

Resumo: Este trabalho empenha-se numa análise da Teoria da Imputação Objetiva com foco no requisito da realização do risco no resultado. A doutrina penal reconhece a dificuldade de se posicionar diante de situações em que, embora cabível, a princípio, a imputação do resultado, não há certeza se a adoção de um comportamento conforme o direito evitaria o resultado típico. Assim, duas grandes correntes, basicamente, se dividem: a dominante teoria da evitabilidade e a teoria do aumento do risco, cunhada por Roxin e criadora do critério do "nexo de aumento do risco", apto a identificar o desvalor do resultado. Questões probatórias, referentes à possibilidade de salvamento do bem jurídico atingido, serão fundamentais para cada teoria.

Abstract: This paper is committed to an analysis of the Theory of Objective Imputation, focusing on the requirement of the risk realization in the outcome.

The criminal doctrine recognizes the difficulty to take a stand before situations in which, possible, to begin with, the outcome imputation, there is no certainty, if the adoption of a behavior according to the law, would avoid the typical result. Thus, two main streams, basically, split up: the dominant theory of avoidability and the theory of the risk increase, marked by Roxin and creator of the criterion of "risk increase nexus", able to identify the worthlessness of the outcome. Probatory issues, referring to the possibility of saving affected legal assets, will be fundamental for every theory.

Palavras-chave: Imputação objetiva – Teoria do aumento do risco – Tipo objetivo – Tipo penal – Teoria do delito.

Keywords: Objective imputation – Theory of the risk increase – Objective type – Criminal type – Theory of delict.

Introdução

O principal expositor da imputação objetiva, Claus Roxin, desenvolveu uma série de critérios interpretativos, extraídos do sentido das proibições penais e dos princípios que as regem, para serem aplicados no tipo objetivo, no início dos anos 1970. Roxin retomou os estudos de Richard Honig, que no princípio da década de 1930, durante o domínio da teoria causalista, buscara uma significação jurídica especial na relação entre ação e resultado, de modo a excluir a relevância jurídico-penal de eventos meramente aleatórios.[1]

1. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoria del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000, p. 22-23; CANCIO MELLIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal.* Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Barcelona: J. M. Bosch, 1998, p. 82; FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva.* Colex, 1995, p. 26-28; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 279-280; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco.* São Paulo: RT, 2004, p. 74 e ss.; BACIGUALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal.* Parte general. 5. ed. Akal/Iure, 1998, p. 130; LARRAURI, Elena. Imputación objetiva. Notas

A teoria da imputação objetiva, inserida no modelo funcionalista ou teleológico-racional da teoria do delito,[2] é considerada uma etapa essencial na evolução da dogmática penal no período pós-finalista, no que tange à teoria da tipicidade. Denomina-se "funcionalista" o novo modelo, porque este busca aproveitar cada conceito e sua respectiva função da maneira mais eficaz e adequada possível. Isso se efetiva a partir do pensamento dedutivo, que são as valorações político-criminais,[3] e do indutivo, experimental ou ontológico, através da composição de grupos de casos.[4] "Teleológico", porque é um método que almeja estruturar-se com vistas à proteção de bens jurídicos através da prevenção geral ou especial, finalidade do direito penal dentro de um Estado social e Democrático de Direito, de modo que o sistema jurídico-penal seja desvinculado de realidades ontológicas absolutas.[5]

preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva. In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 65 e ss.; PIERANGELI, José Henrique. Nexo de causalidade e imputação objetiva. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: RT, 2003, p. 244-245. Vide também a respeito, URZÚA, Enrique Cury. *Derecho penal.* Parte general. t. I, 2. ed. Jurídico do Chile, p. 290; HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal.* Obras completas. t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 37-38.

2. Assim, ROXIN, Claus: *Derecho penal.* Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997, p. 216 e ss.; ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 35 (2001).[p. 13 e ss.], p. 15; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva.* Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del derecho, 1996, p. 64; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporâneo.* Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 68-72; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 135-136; GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva.* Mandamentos, 2002, p. 24-26. Vide também, HIRSCH. Op. cit., p. 28.

3. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal", de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 32 (2000). [p. 120 e ss.] p. 135; REGIS PRADO, Luiz; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da imputação objetiva do resultado.* São Paulo: RT, 2002, p. 118-119; SILVA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 68; SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996, p. 43-44.

4. GRECO. Introdução à dogmática funcionalista do delito..., p. 136 e ss.; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco...*, p. 78.

5. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64; GRECO. Introdução à dogmática funcionalista do delito..., p. 132.

E "racional", porque postula uma efetiva normativização do conteúdo de certas categorias, para a posterior "funcionalização" das mesmas, levando em conta as funções do direito penal.[6]

Portanto, a teoria da imputação objetiva, em sua configuração atual, surge na intenção de delinear o tipo de maneira objetiva e restritiva, com o auxílio de determinadas bases normativas.[7] A teoria situa-se no marco de um sistema aberto, porque ligada à política-criminal, que aspira indicar um mecanismo para determinar o comportamento proibido, valorando se determinada proibição é relevante para o direito penal.[8]

A presença de um conjunto de elementos de índole objetiva será determinante para delinear o que faz da causação uma ação típica.[9] Entende Roxin que a imputação objetiva é um pressuposto de constituição do tipo legal, o que faz com que uma ação só seja típica se o resultado for objetivamente imputável. Desse modo, a imputação ao tipo objetivo pressuporá a realização de um risco criado pelo agente e não coberto por um risco permitido.[10]

6. BACIGUALUPO. Op. cit., p. 136.

7. GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Technos, 1990, p. 212-213; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales.* Madrid: Editorial Technos, 1999, p. 194; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Imputación objetiva. Cuestiones metodológicas y sistemáticas. In: BUSTOS/LARRAURI. Op. cit., p. 9 e ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, p. 256; GALVÃO. Op. cit., p. 30; TAVARES. *Teoria do injusto penal...*, p. 279: "A teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito".

8. "A imputação objetiva elimina como um filtro todos aqueles comportamentos que não perturbam socialmente": JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p. 71; Vide também, SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal.* Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996, p. 86.

9. Nesse sentido, ROXIN. *Derecho penal...*, p. 363; GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9-10; CANCIO MELLIÁ. Op. cit., p. 80-81. Vide também a respeito, SANCINETTI. Op. cit., p. 91.

10. Numa breve explicação, os riscos permitidos excluem a tipicidade da conduta ainda que gerem um resultado típico, pois não é qualquer criação de risco que legitima uma proibição do direito penal. Os fundamentos variam: a maioria dos autores fala em uma ponderação de interesses, mas há também quem sustente que tais riscos podem se legitimar por uma consa-

Para respaldar o limite mínimo na imputação objetiva, analisa-se, num primeiro momento, a relação causal naturalística: a causação de uma lesão a um bem jurídico. A causalidade é um dado ontológico e categoria pré-jurídica: determina-se com base em uma lei causal natural, que explique de que forma se operou o resultado como conseqüência de determinada ação humana em um caso concreto.[11]

Após, presente o vínculo causal, parte-se para a verificação de critérios eminentemente normativos, que são: a criação, pela ação humana, de um risco juridicamente desaprovado de lesão típica a um bem jurídico, que corresponde ao desvalor da ação; e a realização desse risco no resultado, que corresponde ao desvalor do resultado.[12] O desvalor da ação e o desvalor do resultado representam

gração histórica, como Günther Jakobs. Conferir a respeito, BACIGUALUPO. Op. cit., p. 188-190; GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 230; TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 291 e ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicídio y lesiones imprudentes*: requisitos y límites materiales. Zaragoza: Editorial Edijus, 1999, p. 194 e ss.; GALVÃO. Op. cit., p. 71 e ss.; JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Cancio Meliá/Suaréz González. Madrid: Civitas, 1996, p. 38; JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Juarez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 173 e 213-214; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 103 e ss.

11. A causalidade possui caráter de garantia no direito penal: LÓPEZ DÍAZ. Op. cit., p. 46; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 188; GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 194 e 215; SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *El delito de omisión, concepto y sistema*. Barcelona: Librería Bosh, 1986, p. 213; LARRAURI. Op. cit., p. 116; PIERANGELI. Nexo de causalidade e imputação objetiva..., p. 245.

12. Nesse sentido, ROXIN. *Derecho penal...*, p. 364; ROXIN. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal, p. 16; ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. Trad. Ana Paula Natscheradetz. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993. [p. 145 e ss.] p. 148; ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11; FRISCH, Wolfgang: *Tipo penal e imputación objetiva...*, p. 29; CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 30 (2000). [p. 65 e ss.] p. 69; CASTALDO, Andrea. La concreción del riesgo jurídicamente relevante. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. J. M. Silva Sánchez (ed.). J. M. Bosch, 1994, p. 233, GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 12-13; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 188; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001, p. 42. Vide também a respeito, SANCINETTI. Op. cit., p. 93; HIRSCH. Op. cit., p. 20 e 37-38.

o conteúdo material do injusto penal, ou seja, aquilo que o direito valora negativamente na realização antijurídica de um tipo penal.[13]

Portanto, como se percebe, um dos problemas essenciais de que trata a teoria da imputação objetiva é a conexão entre a conduta e o resultado por ela produzido.[14] É isso, em parte, que abordaremos no presente estudo.

1. O ponto de partida da discussão: os denominados comportamentos alternativos conforme o direito

No ano de 1957, o Supremo Tribunal alemão (BGH) julgou o paradigmático "caso do ciclista",[15] o que desencadeou uma série de discussões doutrinárias sobre a possibilidade de se auferir responsabilidade penal mediante o emprego de cursos causais hipotéticos; estes entendidos não mais como um mecanismo de simples causalidade, mas como um método de estabelecimento

13. GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 10; MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Derecho penal.* Parte general. Madrid: Civitas, 1977, p. 331-333; LARRAURI. Op. cit., p. 82 e ss.

14. Assim, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal.* Parte general. v. 1. El hecho punible. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, p. 80; JESCHECK. *Tratado de derecho penal...*, p. 249-250; GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Cepad.* Disponível em: <http://www.cepad.com.br/artigos/artigos.html>, Acesso em 26.04.2005, p. 4; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal.* v. 2. Ed. Trotta, 1999, p. 190-191; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 131; ROXIN. *Derecho penal...*, p. 373; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.* 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996, p. 195; SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno de derecho penal:* Cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 114; GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 94: "Um desvalor de resultado sem desvalor de ação é inconcebível, daí deriva a necessidade de uma realização do risco". Vide também a respeito, CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español II.* Madrid: Technos, 1990, p. 104.

15. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes. *Problemas fundamentais de direito penal...*, p. 235; ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 338; GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 127; PUPPE, Ingeborg. *La Imputación objetiva.* Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Trad. Percy García Cavero. Granada, 2001, p. 77-79; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 198-199; SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión...*, p. 201; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 64; URZÚA. Op. cit., p. 292; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado.* Madrid: Edersa, 1992, p. 194-195.

de vínculo entre o risco desaprovado criado pela conduta e o resultado penalmente relevante.[16]

No citado caso, o tribunal enfrentou a seguinte situação: o condutor de um caminhão executou uma manobra de ultrapassagem, porém não observou a distância mínima exigida em relação ao ciclista, que pedalava bêbado, à sua frente. Durante o procedimento da manobra, o ciclista, devido a uma reação de curto-circuito provocada pelo álcool, guinou a bicicleta para a esquerda, vindo a cair debaixo das rodas traseiras do caminhão.[17] Posteriormente, comprovou-se que o acidente provavelmente teria ocorrido mesmo que o caminhoneiro respeitasse as regras concernentes à ultrapassagem, devido ao estado de embriaguez do ciclista. Por causa disso, o BGH absolveu o acusado. A fundamentação foi no sentido de que havia uma probabilidade de que o comportamento correto pudesse dar lugar ao resultado. Aplicou-se a teoria da condição necessária ou *conditio sine qua non* (supressão mental do comportamento defeituoso do caminhoneiro com posterior averiguação da permanência ou não do desfecho morte) e considerou-se que a ultrapassagem proibida não fora causa do resultado. Segundo o tribunal, outra solução não poderia ser dada, sob pena de lesão ao *in dubio pro reo*.

Com esse julgamento, o BGH abriu uma brecha para que se entendesse que uma forma de determinar se um risco se realizou ou não no resultado seria imaginando o que teria ocorrido se o agente tivesse se comportado de forma

16. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 217-220; FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 265.

17. Não será possível adentrar, neste trabalho, à discussão dos chamados comportamentos ambivalentes, no âmbito da imprudência, onde se procura delimitar se tais realizações típicas são comissivas ou omissivas. No caso aqui tratado, deve-se perceber que há uma omissão imprudente que precede a conduta ativa que causou o resultado. Essa omissão só se torna penalmente relevante mediante a ação que vem depois. Negar a presença de uma comissão é uma tarefa árdua nesse caso. Ademais, a omissão é subsidiária em relação à ação e, em geral, a atividade é mais grave que a omissão, constituindo o comportamento penalmente mais relevante quando concorrem elementos ativos e omissivos. Optarei, portanto, pela prevalência da ação, que é a forma de ataque mais grave ou acabada. Para uma leitura mais esclarecedora sobre o tema: ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. Trad. Ana Natschedaretz. *Problemas fundamentais de direito penal...*, p. 169 e ss.; SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión...*, p. 200-215; GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 196 e ss.

diversa.[18] Surgiu, então, o critério da "conduta alternativa conforme o direito", numa tentativa de se limitar a utilização de cursos causais hipotéticos, amplamente censurados quando trabalhados à luz da fórmula da *conditio sine qua non*, dada a sua frustrada pretensão de atribuir a um determinado fator a qualidade de causa.[19] Esse critério é um mecanismo que costuma ser usado pela doutrina para verificar a existência de uma relação específica entre a conduta e o resultado. Essa relação, que na doutrina pode levar os nomes de nexo de causalidade da infração de dever, nexo de antijuridicidade ou nexo de aumento do risco, estará presente se houver a realização do risco juridicamente desaprovado no resultado.[20]

Consiste o mecanismo em averiguar, com o auxílio de um juízo hipotético, a possibilidade de causação do mesmo resultado mediante uma conduta alternativa correta. Pergunta-se se diante de uma ação imprudente,[21] causadora de uma lesão, deverá responder o agente, ainda que se prove ou que se considere provável que a lesão não teria sido evitada no caso de o sujeito ter se comportado corretamente, ou seja, no caso de uma conduta hipotética ajustada ao direito.[22] Vale dizer, o respeito à norma teria alguma utilidade para o bem jurídico no caso concreto?[23]

Mas por que a ciência penal tem recorrido a cursos causais hipotéticos para resolver problemas de imputação objetiva? De fato, ao que parece, o ser humano, não raramente, usa tal método para julgar suas próprias ações nos vá-

18. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 217-218 e 222.

19. Idem, ibidem, p. 20.

20. PUPPE. Op. cit., p. 74; FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 265.

21. Numa visão tradicional, aduz Maurach, o juízo global de imprudência compreende duas componentes: a infração de um dever objetivo de cuidado geral, aspecto que pertence à antijuridicidade, e a desatenção de um cuidado individual, possível e exigível do agente concreto, aspecto que diz respeito à culpabilidade: MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. v. 2. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 229; MOURULLO. Op. cit., p. 340-341; BUSTOS RAMÍREZ; MALARÉE. *Lecciones de derecho penal...*, p. 168-169; SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión...*, p. 213.

22. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 378-379; Idem. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 338; CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 81; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 193.

23. GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 126.

rios campos da vida: costuma-se imaginar o que teria se passado caso se tivesse executado conduta diversa da realmente empregada. E, se não era possível mudar um resultado porventura insatisfatório, o sujeito é acalentado por um justificante consolo.

Hoje, a questão do resultado inevitável evoluiu da seara meramente causal, diante do deficitário desempenho da fórmula da *conditio sine qua non* em resolver tais questionamentos, e migrou para o âmbito da imputação objetiva, deixando de receber tratamento de fenômeno natural, e passando a ser encarado pela doutrina como preciosa forma de determinação da realização do risco.[24]

A afinidade dos casos de comportamentos alternativos conforme o direito com os delitos culposos é natural, mas nada impede que as regras de imputação das teorias que apresentaremos sejam aplicadas também para delitos dolosos.[25] Num crime doloso, como um homicídio ou roubo, a constatação do risco juridicamente desaprovado é tão óbvia que não gera qualquer dificuldade. É que no caso dos riscos drásticos dos delitos dolosos seria uma trivialidade dizer que eles estão muito além do socialmente tolerado. Por isso, é que, até mesmo dentro da própria teoria da imputação objetiva, os esforços doutrinários se concentram no sentido de resolver problemas apresentados nas situações não-intencionais, quando se analisa a existência da criação do risco desaprovado.

Dessa forma, a doutrina busca esclarecer qual relevância possuem os denominados comportamentos alternativos conforme o direito para a imputação objetiva de um resultado, disputando a primazia na resposta dessa questão a teoria do aumento do risco e a teoria da evitabilidade, que serão expostas e avaliadas a seguir. Antes disso, porém, passaremos em revista a teoria do fim da norma de cuidado, que, apesar de contar com menos defensores, apresentou argumentos que merecem nossa atenção.

24. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 231; GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 218.

25. CASTALDO. Op. cit., p. 241; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 246; GRECO. Imputação objetiva: uma introdução..., p. 45; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 65.

2. As principais propostas de solução

2.1 Critério do fim da norma de cuidado

2.1.1 Conteúdo da tese

Defendido por um exíguo grupo de doutrinadores, este critério tem como ponto nodal o fim da proteção da norma de cuidado. Dessa forma, o decisivo será saber se a norma de cuidado tinha como missão evitar ou reduzir aquela produção de resultado.[26]

O fim da norma é visto como a redução de *determinados* riscos, e não a redução de riscos em geral.[27]

Pugnando pela total irrelevância dos comportamentos alternativos hipotéticos, essa doutrina, não raro, chega a resultados diametralmente opostos aos das demais teses. O foco está na finalidade da norma para o caso concreto, pouco importando, para efeitos de imputação, se o resultado também teria se produzido com o comportamento correto ou se o comportamento cuidadoso hipotético teria gerado um risco igual ao que o imprudente gerou. Por via de conseqüência, podemos ter imputação, apesar da inevitabilidade do resultado ou da ausência de aumento do risco. Do mesmo modo, também é possível excluir a imputação apesar da constatação de evitabilidade ou do aumento do risco. Esses resultados vão de encontro às soluções dadas pelas teorias da evitabilidade e do aumento do risco, a serem estudadas seguir.

26. Nesse sentido, GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 219; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 236. Ver também, CANCIO MELLIÁ. Op. cit., p. 58-59; OTTO, Harro. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Melliá y Marcelo A. Sancinetti. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del derecho, 1998, p. 71 e ss.; LARRAURI. Op. cit., p. 91-92.

27. MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 229.

Posta assim a questão, cabe um exemplo: Um condutor dirige a uma velocidade acima da permitida, próximo a uma escola, em horário de entrada e saída de alunos. Essa oportunidade é aproveitada por um suicida que se joga debaixo das rodas do carro. Punição ao motorista?

Afirma Gimbernat que o motorista é impunível, sob o argumento de que basta uma trivial análise teleológica da norma que ordena diminuir a velocidade de veículos nas cercanias de escolas, para concluir que a mesma visa a proteger as crianças, e não suicidas.[28] Note-se que na fundamentação são desprezadas as condutas corretas imaginárias.

Como principais defensores desse critério podem ser citados Enrique Gimbernat Ordeig e Margarita Martínez Escamilla. Eles se juntam a outros doutrinadores, como Spendel, Kirschbaum, Bindokat, e Binavince,[29] no entender de que deve ser negada relevância às conseqüências que eventuais comportamentos alternativos cuidadosos podem levar num caso concreto, sob a alegação de que estes não têm relevância penal, pelo simples fato de não existirem. Esses autores fazem bastar apenas previsibilidade do resultado típico e causalidade para a imputação.

A conclusão a que chega essa pequena parte da doutrina é que se deve julgar o sujeito pelo que realmente aconteceu, e não pelo que hipoteticamente podia suceder.[30] E sustenta-se não haver razão para que o sujeito não responda, se ele agiu imprudentemente, produzindo um resultado lesivo pela criação de um risco real que ultrapassa o nível de riscos tolerado pelo legislador, ainda que, no caso hipotético de ter-se comportado prudentemente, por circunstâncias reconhecidas *ex post*, também tivesse criado um risco maior que o permitido.

28. GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios de derecho penal...*, p. 216-217; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 228-229.

29. Idem, ibidem, p. 238.

30. Não seria correto perguntar se suprimindo a ação imprudente o resultado desapareceria, porque tal pergunta é, muitas vezes, impossível de responder. Os acontecimentos, não se poderia fazê-los retroagir, reconstruir de maneira idêntica todos os fatores concorrentes: ibidem, p. 242; GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 232 e 237.

2.1.2 *Principais críticas feitas à tese do fim da norma de cuidado*

2.1.2.1 Revitalização do princípio versari in re illicita – De acordo com o contexto originário e tradicional do princípio *versari in re illicita,* há a possibilidade de se fazer responder um sujeito por todas as conseqüências de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis.[31] Costuma-se atacar o critério do fim de proteção da norma dizendo que há uma revitalização do *versari in re illicita (*nesse sentido: Engisch, Roxin, Ulsenheimer, entre outros)[32] manifestada nas noções trazidas pela opinião minoritária.

Como resposta à crítica, afirma-se que se exige também a previsibilidade objetiva, além da causalidade. Martínez Escamilla defende-se dizendo que, além desses requisitos, é preciso ainda que o resultado seja a manifestação do caráter desaprovado da conduta,[33] o que, de fato, reduz bastante o poder persuasivo das objeções.

2.1.2.2 Imputação apesar de haver a realização de um risco permitido – Apresentemos um exemplo, citado pelos defensores do critério do fim da norma de cuidado. Trata-se de uma variação do "caso dos pêlos de cabra":[34] os pêlos estão contaminados por um bacilo normal e ao fabricante corresponde a obrigação de desinfetá-los. O desinfetante a ser usado é perfeitamente apto para a consecução deste fim. Mas o fabricante descumpre esse dever e entrega os pêlos às traba-

31. Tal resultado não pode ser tido como causado culposamente: MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal.* Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949. t. II, p. 181.

32. MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 240.

33. Idem, ibidem, p. 240.

34. O caso original, que ocupou o Superior Tribunal alemão em 1929, conta que o dono de uma fábrica de pincéis adquiriu pêlos de cabra chineses para elaborar tal produto. Apesar de estar obrigado à desinfecção desses pêlos, entregou-os às trabalhadoras sem o prévio cumprimento do dever. Várias trabalhadoras foram contaminadas por bacilo de carbúnculo, que estava nos pêlos de cabra, e morreram. Segundo as declarações do perito, essas mortes possivelmente aconteceriam, pois os desinfetantes não ofereciam suficiente segurança de que os referidos pêlos ficariam livres do bacilo, de maneira que a sua utilização *não excluía com segurança* o perigo de contágio.

lhadoras sem desinfetar, ao que algumas se contagiam e morrem. Depois, fica provado que aquele desinfetante pertencia a uma série defeituosa e que mesmo que o fabricante houvesse atuado corretamente, os bacilos não teriam sido exterminados dos pêlos.[35]

Para o critério do fim da proteção da norma, deve haver punição porque o resultado morte é consectário de um perigo que a norma almejava evitar ou diminuir, já que o fabricante não cumpriu com as medidas de segurança devidas.[36] Dessa forma, os riscos criados com a não-desinfecção ultrapassariam a medida tolerada pelo legislador.

A tese minoritária estaria punindo pela criação de um risco permitido, pois o comportamento imprudente (não desinfetar) geraria o mesmo resultado que o comportamento correto (utilizar o desinfetante pertencente a uma série defeituosa).

Elidiu-se a crítica com a resposta de que o fato de que o resultado também se produziria mediante um comportamento correto não quer dizer que o risco criado pela conduta real seja permitido, já que a conduta desrespeitou as normas de cuidado estabelecidas.[37]

No entanto, essa refutação passa longe da elucidação do problema, pois é pacífico ter havido desvalor da ação mediante a violação do dever de cuidado, centrando-se a polêmica na existência ou não de realização do risco no resultado.

2.1.2.3 Imputação apesar da ineficácia da norma no caso concreto – Dizem os oponentes da tese que haveria casos em que se teria de castigar apesar de a norma no caso concreto demonstrar-se, *ex post*, como ineficaz para a consecução dos seus objetivos.[38]

Martínez Escamilla admite que isso realmente acontece.[39] A razão é que os defensores do critério ora analisado não se sentem suficientemente convencidos

35. MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 235.
36. Idem, ibidem, p. 236.
37. Idem, ibidem, p. 241.
38. Vide a respeito, idem, ibidem, p. 240-241.
39. Idem, ibidem, p. 241.

do porquê de se beneficiar o agente com a absolvição quando o comportamento correto se mostrar incapaz de atingir os objetivos da norma.

Feijóo Sánchez responde à indagação da referida autora: o resultado deve ter-se produzido por imprudência, ou seja, *como conseqüência* da infração da norma de cuidado e não *por ocasião* desta infração.[40] No primeiro caso, constatou-se que efetivamente o resultado se produziu devido à imprudência cometida. Já na segunda hipótese, a pessoa apenas infringiu um dever de cuidado, uma norma geral. Assim sendo, há de se demonstrar que foi, precisamente, a infração do dever que causou o resultado.

Com razão, ao nosso ver, está o autor. Ele esclarece que ao direito penal interessam pessoas concretas, que concretizam situações e riscos, não se podendo punir se a norma no caso concreto se mostrou *ex post* ineficaz.[41]

2.2 Teoria da evitabilidade

2.2.1 Conteúdo da teoria

Em essência, a teoria da evitabilidade comunga da idéia de que quem causa um resultado imprudentemente não deverá responder enquanto não se provar, com uma probabilidade limítrofe à certeza, que aquele resultado não teria se produzido com um comportamento alternativo conforme o direito. Em outras palavras, só se pode punir alguém que cria um risco juridicamente desaprovado, se houver certeza de que o comportamento correto correspondente salvaria o bem jurídico afetado. Esse tem sido o entendimento predominante na jurisprudência do Tribunal Superior Federal na Alemanha e na doutrina.[42]

40. FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 270 (nota 33).

41. Segundo Feijóo Sánchez, que segue a mesma linha de pensamento de Jakobs, não bastam a causação e imprudência para punir, devendo o resultado ser evitável *ex ante*, isto é, de maneira planificável.

42. Assim, por exemplo, FRISCH. Imputación objetiva..., p. 30, MEZGER. Op. cit., p. 186; CEREZO MIR. Op. cit., p. 180; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 234; D'ÁVILA. Op. cit.,

Parte-se da premissa de que deveres de diligência têm por finalidade a evitação de resultados típicos. Este seria o efeito protetor da norma.[43] Assim, se mesmo mediante uma conduta cuidadosa a lesão vier a ocorrer, significa que, no caso concreto, a norma não cumpriu sua função protetora, excepcionalmente. Nesse caso, a lesão ao preceito será irrelevante em relação ao delito culposo, e deverá ser negada a relação específica entre a lesão do dever de cuidado e o resultado. Entende-se que a proibição falhou, e que não há desvalor do resultado. O respeito à proibição não tem como sequer melhorar a situação do bem.[44]

Havendo mera probabilidade ou possibilidade de evitação do resultado com a prática do comportamento hipotético correto, a teoria aplica o princípio *in dubio pro reo*. Não se poderia condenar o réu se não há uma segurança, uma certeza. Deverá este ser absolvido.[45]

A teoria da evitabilidade encerra a aplicação da fórmula da *conditio sine qua non*.[46] Reza a famosa teoria causal: um resultado é causado por uma ação se esta não pode ser suprimida mentalmente sem que aquele desapareça.[47] Inerente à fórmula existe um raciocínio hipotético de eliminação. Destarte, basta fazer a pergunta: "Haverá a produção do resultado lesivo, caso se substitua mentalmente o comportamento imprudente pelo correto, deixando intactos outros fatores?", para se chegar à conclusão de que se a resposta for "sim" ou "talvez", não haverá punição, enquanto que, se for "não, *com certeza*", deverá o agente ser responsabilizado.

p. 62. Ver também, ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 244; GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*..., p. 127-128.

43. Vide a respeito, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 198.

44. Vide a respeito, idem, ibidem, p. 198.

45. Cf. por ex.: BACIGUALUPO. Op. cit., p. 199.

46. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 234; PUPPE. Op. cit., p. 51 e ss.; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 201; ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 267.

47. Cf. por ex.: REYES ALVARADO. Op. cit., p. 10 e ss.; PUPPE. Op. cit., p. 51; JESCHECK. *Tratado de derecho penal*..., p. 251-253.

2.2.2 Principais críticas feitas à teoria da evitabilidade

2.2.2.1 Utilização de constatação hipotética e da fórmula da conditio sine qua non – A doutrina aponta os inúmeros vícios que o uso de procedimento hipotético acarreta.

Em primeiro lugar, justamente por ser hipotético, esse raciocínio não levaria em consideração o que efetivamente aconteceu, chegando a ser reputado, para alguns, como irrelevante na determinação da realização do risco no resultado.[48] E, para se chegar a uma solução com base nesse critério, usam-se tão-somente a experiência da vida, os costumes, a praxe das regras de cuidado como escopo, já que não se tem o menor controle das causas que possam determinar um fato meramente hipotético.[49]

O principal dos problemas desse procedimento já fora apontado bem cedo por Engisch: o uso da *conditio sine qua non* só terá alguma eficácia se, antes, já se sabe se existe nexo causal, pois o método não acusa a sua existência. Logo, se a causa for desconhecida ou se ignora o seu modo de atuar, de nada adiantará a eliminação mental.[50] Por exemplo, se a ciência não consegue explicar quais conseqüências a ingestão de certo medicamento pode trazer, de nada adiantará suprimir mentalmente o remédio (já que não se conhece o poder causal desse fator), resultando inoperante a fórmula.

Tampouco o método surtirá algum proveito se não for possível afirmar o que teria se passado sem a circunstância ou a conduta correspondente, pela experiência.[51] Em outras palavras, mesmo conhecendo a causalidade geral que rege o

48. GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales*..., p. 218; OTTO. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal..., p. 71 e ss.

49. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 233 e 236; FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 267-268.

50. Em termos empíricos, os cursos causais hipotéticos poderiam auxiliar a descobrir a causalidade genérica, mas desde que já se conheça a relação causal que rege o evento: FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 266; STRATENWERTH. Op. cit., p. 81-82; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 14-15 e 260; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 176; JESCHECK. *Tratado de derecho penal*..., p. 254; GALVÃO. Imputação objetiva nos delitos omissivos..., p. 6; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal.* Parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 180

51. FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*..., p. 30; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 15; PUPPE. Op. cit., p. 12-13.

evento, a fórmula não especifica qual é a causa concreta. Por exemplo, se um avião explode matando todos os seus passageiros, a *conditio sine qua non* só dirá que a explosão (algo perceptível pelos sentidos) foi a causa, mas não dirá qual foi a causa da explosão (causalidade específica). Como se percebe, a *conditio sine qua non* é um procedimento ligado à percepção dos sentidos, à estatística, embora devesse estar vinculada às finalidades penais, segundo Jakobs.[52]

Também não funciona o procedimento se utilizado quando se tem uma multiplicidade de causas, com efetividade independente. Aqui, pela teoria da evitabilidade, cada interveniente poderia eximir-se de culpa recorrendo à ação do outro, já que para se chegar ao resultado é suficiente apenas uma das infrações.[53] Dessa maneira, chegaríamos à insustentável conclusão de que nenhum dos participantes foi causa ou que nenhum deles deve ser responsabilizado pelo resultado.[54]

2.2.2.2 Impossibilidade de constatação de evitação do resultado mediante o comportamento correto acarretaria sempre a absolvição – O fato é que, com o emprego de cursos causais hipotéticos, e com a exigência de "probabilidade no limite da certeza" da teoria da evitabilidade, conceito que, diga-se de passagem, muitos autores reputam vago e suscetível a inúmeras formas de interpretação, termina-se por exigir muito para a imputação, o que pode levar a sentenças injustas.[55] É que, principalmente no que tange às atividades arriscadas permitidas (trânsito, cirurgias, indústrias químicas etc.), jamais se poderá assegurar que o resultado não se produziria com o comportamento correto, pois este já é, em sua essência, perigoso. Ademais, nunca se poderá precisar o desenvolvimento de um curso causal hipotético.

Somado a isto temos o princípio jurídico de que toda dúvida deve ser resolvida em favor do réu. Deste ponto, defluem conseqüências de ordem prática:

52. JAKOBS. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. **Trad.** Joachin Cuello Contreras e Jose luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 243.

53. PUPPE. Op. cit., p. 49 e 69; JESCHECK. *Tratado de derecho penal...*, p. 254.

54. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 15-16.

55. Idem, ibidem, p. 235; PUPPE. Op. cit., p. 53 e 59; LARRAURI. Op. cit., **p. 89.**

teríamos uma renúncia a todo e qualquer senso de responsabilidade, vez que, na maior parte dos casos, a fórmula da evitabilidade conduziria irremediavelmente a uma negativa de imputação. A existência de um comportamento imprudente ficaria em segundo plano, perderia sua importância.[56]

No mesmo sentido, afirma Roxin que a teoria da evitabilidade nos coloca diante de um dilema: se é obrigado a absolver quem atua infringindo um dever de cuidado, embora houvesse a *possibilidade* de evitação mediante comportamento diligente, o que é "sustentável do ponto de vista teórico, mas materialmente bastante injusto".[57] Realmente, basear-se no *in dubio pro reo* é correto desde um ponto de vista processual, porém difícil será conseguir escapar de sentenças como essas, insustentáveis desde uma visão político-criminal, aplicando a teoria da evitabilidade.

Em contrapartida, alguns autores se manifestam aduzindo que se a teoria exigisse probabilidade no limite da certeza (ou seja, uma cognição mais profunda do que no caso de mera possibilidade) de que a conduta alternativa conforme o direito teria *evitado* o resultado para *negar* a imputação, isto implicaria na prática em inaceitável inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado e a fórmula da evitabilidade ampliaria demasiadamente a punibilidade.[58] Veremos em que medida este contra-argumento é admissível ao examinarmos a teoria do aumento do risco.

Roxin destaca em suas críticas à teoria tradicional que a não-punibilidade genérica do agente nem sempre será a melhor e mais correta solução.[59] Uma hipótese seria que, no caso do ciclista, ficasse provado que se o caminhoneiro tivesse guardado a distância correta da ultrapassagem, não teria se produzido a reação de curto-circuito, mas o ciclista teria se atirado debaixo do caminhão, porque queria suicidar-se. Ou ainda, imagine-se, se um caminhoneiro, em estado de embriaguez, invadisse a calçada, atropelando um andarilho que, de qualquer modo, iria

56. Idem, ibidem, p. 89.
57. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 249.
58. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 235.
59. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 249.

se matar. De acordo com o autor, não há razão para que, em ambos os exemplos, o caminhoneiro não esteja sujeito à pena por homicídio culposo. Roxin pergunta por que um homicídio deve deixar de sê-lo só porque a vítima estava imbuída de intenções suicidas.[60]

2.2.2.3 Divisão do risco em quantum *permitido e proibido* – Roxin e outros defensores da teoria do aumento do risco sustentam que o raciocínio que encerra a teoria da evitabilidade é incorreto, porque o risco criado é um todo unitário, ou seja, é o mesmo, e um só, desde o início da conduta proibida. Logo, não seria possível dividir o risco em uma parte permitida e outra não permitida, e analisar separadamente a relação do perigo em duas situações, exigindo uma comprovação de causalidade específica para cada um. Para Roxin, se o agente ultrapassa o risco permitido e, através disso, eleva o perigo anteriormente tolerado, ele cria um risco que, em sua totalidade, é proibido. Esse risco *in totum* não permitido se realiza como ocorrência do resultado. Quanto a isto não haveria dúvida, não restando espaço para aplicar o princípio *in dubio pro reo.*[61]

O fundamento de não se poder dividir o risco em um quantum permitido e em outro proibido, exigindo provas separadas da causalidade, estaria no fim de proteção da norma, um dos parâmetros normativos inseridos no contexto da imputação objetiva e que possui extrema relevância também para o aspecto da realização de um risco não-permitido.[62] Assim, o legislador pode insistir no respeito à norma de cuidado nos casos em que esse respeito irá aumentar as chances de salvamento do bem jurídico, mesmo que não de modo absoluto.

Para Jakobs, defensor da teoria da evitabilidade, a idéia trazida por Roxin de que há um risco *in totum* proibido, um risco simplesmente proibido em seu conjunto, não é adequada porque impede a negativa de imputação objetiva do

60. Idem, ibidem, p. 249-250.
61. BACIGUALUPO. Op. cit., p. 199.
62. ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 340-341.

resultado quando se provasse que foi um mero risco da vida que se realizou. Isso significaria a aplicação do superado postulado *versari in re illicita*. A variação de riscos gerais não seria um meio idôneo para se explicar um resultado derivado de uma conduta não permitida. Por isso, a atribuição do resultado ao comportamento deve ser objeto de prova no processo, para que se evite punir sendo mínima a imprudência.[63]

É de se concordar com a crítica feita pelos adeptos da teoria do aumento do risco, pois em todo caso de risco permitido, como, por exemplo, qualquer manobra no trânsito, ainda resta um certo perigo.[64] Assim, ainda que exista a chance de o resultado não se produzir, a contribuição ao perigo existente, em prejuízo da situação do bem jurídico objeto da ação, deve ser avaliada como uma unidade. Do contrário, o direito beneficiaria o agente que se comportou mal e ainda por cima causou o resultado que a norma de comportamento visava a evitar, pois exigiria duas provas em separado para poder puni-lo.

2.3 Teoria do aumento do risco

2.3.1 Conteúdo da teoria

No ano de 1962, Claus Roxin, sob a influência das polêmicas questões dogmáticas que emergiram a partir do julgamento do "caso do ciclista" pelo BGH, desenvolveu a chamada teoria do aumento do risco (ou teoria do incremento do risco, como também é conhecida).[65]

A questão que a teoria do incremento do risco se propõe a resolver é se podemos punir alguém que cria um risco juridicamente desaprovado mesmo não

63. JAKOBS. *A imputação objetiva*, p. 92-93.

64. BACIGUALUPO. Op. cit., p. 199.

65. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 256 e ss.; Idem. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 339 e ss.; OTTO. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal..., p. 85; CANCIO MELLIÁ. Op. cit., p. 60; GALVÃO. Imputação objetiva nos delitos omissivos..., p. 10; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 244-245. PUPPE. Op. cit., p. 73-74 e 77; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 205.

tendo certeza de que o resultado teria sido evitado pelo comportamento correto. Roxin responde positivamente, bastando que a conduta real eleve o risco em relação ao comportamento correto.[66] Para se chegar a essa constatação, tem-se a utilização de um método comparativo: compara-se a conduta incorreta do agente com a conduta correta, esta última situada dentro do risco permitido, de modo que se possa constatar se a conduta dele aumentou a probabilidade de produção do resultado. Como se percebe, o primeiro passo é perguntar se o agente criou um risco permitido ou proibido.

Como nos demais casos de realização do risco, a valoração do risco dá-se sob uma perspectiva *ex post*, pois corresponde ao desvalor do resultado.[67] Devem ser levadas em conta, por conseguinte, todas as circunstâncias fáticas, mesmo as que só posteriormente venham a ser conhecidas no caso em concreto (Por exemplo: embriaguez do ciclista, separação exata empregada na ultrapassagem etc.).

Assim, haverá imputação objetiva quando, *ex post*, o risco real for maior que o permitido.[68] Roxin considerou político-criminalmente conveniente exigir somente o fato de que a infração de dever de cuidado do agente haja aumentado o risco já existente de produção do resultado, estando presente, em tal caso o nexo de risco ou nexo de aumento do risco. Ou, como diz Puppe, defensora de uma variante própria da teoria do aumento do risco, existiria um nexo específico entre a infração e o resultado, porque o resultado fora causado precisamente pelas características proibidas do comportamento do agente, que correspondem aqui ao próprio aumento do risco.[69]

66. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 257-258; GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 128-129; TAVARES. *Teoria do injusto penal...*, p. 288; JESCHECK. *Tratado de derecho penal...*, p. 260; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 63.

67. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 381; Idem. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 343; SCHÜNEMANN. *El sistema moderno de derecho penal...*, p. 115; JAKOBS. *Derecho penal...*, p. 286; STRATENWERTH. Op. cit., p. 84; MOURULLO. Op. cit., p. 338-339.

68. BACIGUALUPO. Op. cit., p. 199; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 65.

69. PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 74; FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva...*, p. 43.

Em contrapartida, constatada a certeza de que o comportamento conforme o direito não melhoraria em nada a situação do bem jurídico, não haverá reprimenda.[70] Este é ponto de intersecção entre a teoria do aumento do risco e a teoria da evitabilidade.

A punição nos casos em que há mera possibilidade de evitação do resultado pela conduta correta, isto é, naqueles em que não se consegue determinar com segurança se o resultado não se teria produzido mediante um comportamento alternativo conforme o direito, é onde reside a grande celeuma em torno da teoria do aumento do risco. Para fundamentar a responsabilidade nesses casos duvidosos, Roxin assinala que o tratamento de tais situações não depende do que na realidade tenha sucedido (fato esse que na maioria dos casos não se pode saber), mas sim do fato de sabermos se uma conduta conforme ao dever diminuiria de modo relevante o perigo de produção do resultado. E isso seria um problema de avaliação pericial que facilmente se resolveria de acordo com critérios científicos.[71]

Seguindo o caminho de Roxin, e já adiantando a principal crítica dirigida à sua tese, não se poderia falar em violação do princípio *in dubio pro reo* e nem em uma presunção de culpa. Se a ciência, hodiernamente, não pode provar com segurança, em determinados casos, se uma atuação aumenta ou não o risco permitido pelo legislador, seria correto para Roxin responsabilizar o agente quando tal conduta não correspondesse ao risco permitido e causasse a lesão de um bem jurídico. O ordenamento não deveria tolerar comportamentos que possivelmente ultrapassem os riscos permitidos quando se desrespeita a norma de cuidado. Uma valoração jurídico-penal de um crime culposo não dependeria de comprovações empíricas de

70. GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*..., p. 134; FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*..., p. 54; Idem. Imputación objetiva..., p. 30; CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 82.

71. Segundo Roxin, isto não é uma questão de se provar hipotéticos processos causais, mas sim um problema de avaliação pericial: ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 259. Vide também a respeito, LARRAURI. Op. cit., p. 88; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 66.

fatos, mas de dados estatísticos e do uso de perícia, cuja finalidade seria averiguar a permanência ou não da conduta nas fronteiras do risco permitido.

Contrariamente, cai a lanço notar a posição da maior parte dos defensores da teoria, que evocam o princípio *in dubio pro reo* quando paira alguma dúvida sobre o aumento do risco.[72] Frente a tal desafio, esses doutrinadores negam a presença do elemento-chave da tese e, conseqüentemente, a imputação do resultado.

Puppe propõe que se diferenciem dois âmbitos, um primeiro, em que vigem leis causais deterministas ou leis dotadas de certeza, de forma "sempre que x, y", e um segundo, em que vigem leis causais indeterministas ou meramente probabilísticas, de forma "quando x, aumenta em grau n a probabilidade de y". Nesse primeiro âmbito, se situariam a maioria das ações de nossa vida cotidiana. Já no segundo encontrar-se-iam aquelas condutas que lidam com processos patológicos, microfísicos e microbiológicos, dependentes de uma série de fatores, muitos dos quais ainda desconhecidos. A autora declara então que não há transgressão ao benefício da dúvida quando, diante de um curso causal indeterminado, não temos a certeza de que o resultado teria sido evitado com o comportamento correto.[73] Neste tipo de curso causal, há um desconhecimento objetivo das características da contrariedade do dever no caso concreto e, portanto, só podemos formular enunciados de probabilidade. Conseqüentemente, seria possível, para Puppe, imputar o resultado nesses casos, sem que houvesse violação ao benefício da dúvida, importando provar tão-somente que o comportamento do agente aumenta o grau

72. Nesse sentido, STRATENWERTH. Op. cit., p. 84. Vide também, GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 134; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 248;

73. Puppe esclarece que, em geral, essa indeterminação está ligada à infração do dever de cuidado e não à causalidade propriamente dita. Envolverá, por exemplo, o comportamento e a capacidade de rendimento dos intervenientes, como a rapidez de reação, além dos processos patológicos, microfísicos e microbiológicos. São fatores em relação aos quais dificilmente se pode estabelecer um conhecimento preciso e objetivo, restando estes, por via de conseqüência, não suscetíveis de demonstração científico-natural: PUPPE. Op. cit., p. 31-32 e 75-77. Vide também a respeito, BACIGUALUPO. Op. cit., p. 178-186.

de probabilidade indicado por certa lei de probabilidade.[74] Parece correto esse entendimento, já que se exigirmos um conhecimento absoluto das conseqüências do comportamento correto, não haverá maneira de se imputar um resultado em âmbitos de cursos causais não-determinados.

Nas hipóteses de segura produção do resultado mediante o comportamento correto, Roxin admite ser relevante a evitabilidade hipotética. Nas palavras do autor, aqui o risco criado pela conduta imprudente seria igual ao risco criado pelo comportamento incorreto, já que ambos levam ao mesmo resultado. Se isso ocorre é porque se trataria de um risco permitido, que deve conduzir, necessariamente, à exclusão da imputação. A solução, e quanto a isso há um consenso na doutrina, é a absolvição.[75]

Roxin argumenta usando o princípio da igualdade:[76] uma ação, que não aumenta o perigo de produção do resultado, deve ser tratada *nesse aspecto* do mesmo modo que a conduta correta. Tal idéia deve-se unicamente à arbitrariedade de um tratamento desigual, considerando o princípio da igualdade como princípio jurídico vigente. Essa ação pode vir a ser lesiva, mas está dentro do risco permitido, por isso não há desvalor do resultado. O agente, por via de conseqüência, não responderá em grau de consumação, mas apenas por tentativa, e, em se tratando de crime culposo, ficará impune. A produção hipotética do resultado em caso de conduta alternativa ajustada ao direito demonstra que a produção real do resultado não é conseqüência específica da conduta antijurídica. De modo que isso não legitima

74. Para a autora citada, haverá nexo causal entre a violação de dever e o resultado quando o risco criado pelo agente se mostrar como condição necessária para explicar de modo suficiente o resultado. Fazendo essa análise do nexo não é necessário perguntar pelo curso causal hipotético; Cf. por ex., GRECO. *Imputação objetiva:* uma introdução..., p. 150.

75. ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 338-339; LARRAURI. Op. cit., p. 112; FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva...*, p. 54; Idem. Imputación objetiva..., p. 30; CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 82; JESCHECK. *Tratado de derecho penal...*, p. 260; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 65.

76. Assim, ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 258. Vide também a respeito, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 211; CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 83.

uma proibição por se tratar da realização de um risco tolerado, como um risco geral da vida, denominação usada por alguns autores para identificar aqueles riscos admitidos e inerentes às atividades humanas diárias.[77]

Em 1975, Schünemann desenvolveu uma versão normativa da teoria do aumento do risco.[78] Fugindo da tradicional comparação naturalística-estática entre o comportamento real e o hipotético, Schünemann propôs o seguinte critério: deverá o juiz examinar no caso concreto, com os conhecimentos adquiridos *ex post*, se a norma formulada *ex ante* pode continuar sendo eficaz para uma redução de riscos. Se a norma se mostrar eficaz, há uma confirmação *ex post* de que a proibição estava justificada, acarretando a responsabilização. Apresentando-se a norma como inidônea para reduzir os riscos a um nível tolerável *in concreto*, não deverá haver imputação objetiva.

Alguns argumentos se mostram favoráveis à posição de Roxin nas situações em que não há segurança sobre o aumento real do risco. Sustenta-se que os deveres de cuidado, *a priori*, nunca possuem como objetivo impedir a produção de resultados danosos em 100%, vide a tolerância do risco permitido, mas sim tentar reduzir *consideravelmente* a produção de resultado.[79] Logo, o que fundamenta a proibição seria uma possibilidade *ex ante* de dano (por uma prognose póstuma objetiva), e não a sua certeza. Por isso é que o fundamento normativo usado pela teoria do aumento do risco é o fim da norma como redução de riscos a um nível tolerável (e não a redução de todo e qualquer risco). A certeza do dano não é o que legitima a norma proibitiva e sim a existência de riscos que podem se realizar em um resultado típico de lesão. Uma maior periculosidade *ex ante* da conduta se faria presente principalmente em ações manifestamente arriscadas. E, nesses casos, havendo a infração do dever de cuidado,

77. Assim, FRISCH. Imputación objetiva..., p. 49-50. Conferir também, REYES ALVARADO. Op. cit., p. 242-243; BACIGUALUPO. Op. cit., p. 195.

78. MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 230-232; JAKOBS. *Derecho penal...*, p. 286-287; REYES ALVARADO. Op. cit., p. 246-247.

79. Nesse sentido, ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 343-344. Vide também, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 230.

absolver significaria a dispensa de qualquer exigência de cuidado justamente onde este é mais necessário.[80] Nesse sentido, as normas seriam na verdade proibições de exposições a perigo. A lesão ao bem jurídico decorre do perigo criado pelo agente.[81] Logo, se alguém será responsabilizado pelo resultado, também o será pelo perigo. Além disso, outro argumento, agora considerando todo o complexo da teoria, é que esta preencheria as lacunas deixadas pela teoria da evitabilidade (notadamente quando no ordenamento penal em análise não haja previsão dos respectivos crimes de perigo, o que não é o caso do Brasil, que, por exemplo, incrimina a exposição a perigo da saúde ou da vida de outrem, no art. 132 do CP), trazendo soluções mais corretas e justas do ponto de vista político-criminal.

Aplicando-se estas considerações ao caso do ciclista, chegamos aos seguintes resultados. Primeiramente, há de se observar que existem dois fatores de risco proibido atuando simultaneamente: o estado de embriaguez do ciclista, que lhe retirou parte de sua capacidade/habilidade para conduzir a bicicleta, e a ultrapassagem muito estreita realizada pelo caminhão.

A opinião sustentada por Roxin imputará o resultado. A justificativa é que a superação do risco permitido pelo desrespeito à distância mínima de ultrapassagem elevou de modo juridicamente relevante o risco de um resultado lesivo. O limite máximo do risco tolerável é traçado pela distância legal de separação lateral. E todo aumento de risco nesse sentido fará recair conseqüências sobre o réu.[82] Ao contrário, se o caminhoneiro tivesse executado o comportamento correto, haveria possibilidade de salvação da vida do ciclista.

Por outro lado, se o ciclista tivesse morrido mesmo com a ultrapassagem respeitando a distância necessária, o risco que teria se realizado no resultado seria

80. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 380-381. Vide também, CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 84.

81. ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 342.

82. Nesse sentido, ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 259; Idem. *Derecho penal...*, p. 379; CALLEGARI. A imputação objetiva no direito penal..., p. 71; CIRINO DOS SANTOS. Op. cit., p. 119. Vide também, URZÚA. Op. cit., p. 293.

inerente a qualquer ultrapassagem. E como se trata de uma ação que não incrementa o perigo de produção do resultado, não se poderá considerar que houve uma violação de dever de cuidado. Do contrário, o legislador trataria de modo diferente realidades que são iguais. Ou seja, se não há nenhuma possibilidade de condução do curso causal pelo agente, o resultado não lhe é imputável, vez que este se produziria mediante conduta conforme ao direito ou não.[83]

Entretanto, como nada disso se pôde constatar com segurança no caso concreto, pela teoria do aumento do risco, deverá o condutor do caminhão responder pela morte da vítima.[84]

No mesmo sentido, articula Puppe, assinalando que absolver o caminhoneiro seria injusto, a não ser que se esteja disposto a renunciar a todo tipo de imputação em âmbitos não-determinados.[85] Puppe atenta para o fato de que não se pode incorrer no erro de pensar que somente a embriaguez do ciclista é o bastante para uma segurança de 100% de que ele cairia debaixo das rodas do caminhão, como de fato ocorreu no caso. Se fosse assim, esse risco de 100% não poderia ser aumentado pela pequena distância de ultrapassagem do caminhão. A embriaguez certamente elevou o risco, mas não totalmente: esse risco, que já estava num patamar considerável, aumentou mais ainda com o comportamento incorreto do motorista.

2.3.2 Principais críticas feitas à teoria do aumento do risco

2.3.2.1 Violação do princípio in dubio pro reo – Convém esclarecer que existem dois aspectos sobre os quais a dúvida pode pesar, que devem ser diferenciados na teoria do incremento do risco. Existem casos em que a dúvida recai unicamente sobre a evitação do resultado. Aqui, os adeptos da teoria afirmam

83. OTTO. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal..., p. 84.

84. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 258-260; No mesmo sentido, TAVARES. *Teoria do injusto penal...*, p. 288-289; PUPPE. Op. cit., p. 78.

85. Idem, ibidem, p. 79.

que o que vale é a certeza da elevação do risco, pouco importando que resultado teria gerado uma conduta conforme o direito (pois a evitabilidade hipotética seria um dado irrelevante). Mas, às vezes, até mesmo o aumento do risco é duvidoso. Nesse caso, os partidários da tese, com exceção do próprio Roxin, afirmam que se o juiz não tiver absoluto convencimento de que o agente criou um risco superior ao permitido, não poderá condenar.[86]

Especificamente nesse ponto, quando restam questionamentos acerca do incremento do risco, deve-se dar razão à crítica de que há violação do *in dubio pro reo*. O aumento do risco é o cerne da questão, o ponto nodal da teoria. A nosso juízo, se a própria teoria pressupõe este requisito para punir, não poderia o operador do direito afirmar responsabilidade se não sabe se o elemento principal está presente. Este estaria negando vigência ao requisito, já que poderia revogá-lo de pronto. A teoria estaria indo contra o que ela mesma prega, perdendo força e esvaziando-se de conteúdo.

Resta saber, assim, se nos demais casos, de incerteza quanto à evitação do resultado pelo comportamento conforme ao direito, é cabível a imputação com base no mero aumento do risco. A doutrina dominante questiona essa possibilidade, afirmando, como faz, por exemplo, Jakobs, que a falta de claridade para se determinar o aumento do risco não pode traduzir em prejuízo para o réu. A aplicação do princípio *in dubio pro reo* seria um problema de ordem processual e não jurídico-penal.[87]

Jakobs ainda afirma que impor pena por mero incremento de risco significaria punir por uma "tentativa imprudente", já que a relação de antijuridicidade entre a imprudência e o resultado seria apenas provável (não haveria uma consu-

86. Cf., ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 344-345; Idem. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 260; STRATENWERTH. Op. cit., p. 84; Vide também, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 210-211; CEREZO MIR. Op. cit., p. 182; GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 134; D'ÁVILA. Op. cit., p. 62-63; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 66, que, diferentemente da maioria, considera simplista a solução de excluir a imputação com base no *in dubio pro reo*.

87. JAKOBS. *Derecho penal...*, p. 286-287; Igualmente, D'ÁVILA. Op. cit., p. 65.

mação comprovada, apenas geração de perigo concreto + causação). Esses riscos não poderiam ser dominados de forma planificada pelo cuidado, restando a norma inútil no caso concreto.[88]

Crítico da teoria da imputação objetiva e, logo, da teoria do aumento do risco, Hirsch sustenta que, nessas hipóteses duvidosas, não ficou claro que a origem específica do resultado foi a imprudência do réu. Com isso, a teoria estaria negando a essência do crime culposo, além de violar o *in dubio pro reo*.[89]

A defesa de Roxin é no sentido de que o mesmo exige sim a existência de nexo de risco, pois, se assim não fosse, estaria revitalizando o antigo princípio *versari in re illicita*, segundo o qual o agente deve responder por todas as conseqüências derivadas de sua conduta ilícita, inclusive as imprevisíveis (ou seja, basta a relação de causalidade).

Roxin insiste em sua posição sob o argumento de que para a imputação já seria suficiente que o respeito à norma diminuísse de modo considerável, e não seguro, os riscos de produção do resultado. Para esclarecer, ele traz o exemplo de um médico que cometeu um erro grosseiro num tratamento, levando à morte de um paciente. Posteriormente, descobriu-se que a aplicação correta das regras da medicina não diminuiria o risco de morte com certeza, mas apenas de forma notável.[90] Roxin desafia que se explique porque aqui não se poderia exigir o respeito à norma de cuidado.

Quanto às críticas dirigidas ao fato de haver punição subsistindo dúvidas sobre a evitação do resultado, Roxin as refuta esclarecendo que considera, em princípio, a evitabilidade hipotética um dado irrelevante. Ou seja, saber se o comportamento hipotético levaria ou não ao resultado não seria importante na teoria do aumento do risco, havendo apenas uma exceção para essa assertiva:

88. JAKOBS. *Estudios de derecho penal...*, p. 185-186.

89. HIRSCH. Op. cit., p. 30-31.

90. ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 247-248; Idem. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 345; Idem. *Derecho penal...*, p. 380-381; Vide também, GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 66.

quando se constatar com segurança que mesmo com a conduta não-reprovável o resultado se produziria.[91]

2.3.2.2 Transformação dos crimes de lesão em meros delitos de perigo – A crítica incide no fato de que a teoria do aumento do risco, prescindindo da vontade da lei, transformaria delitos imprudentes de lesão em delitos de perigo concreto.[92] Se a conduta correta não salvaria o bem, não se pode dizer que o agente lesionou, mas apenas o colocou em perigo; a lei não autoriza essa "conversão".

Roxin explica, convincentemente, que a colocação em perigo já autorizaria a imputação.[93] Logo, as normas seriam proibições de exposição ao perigo. A única diferença entre delitos de lesão e delitos de perigo está em que, nos primeiros o perigo não-permitido se realiza em um resultado lesivo típico e, nos últimos, o perigo apenas se realiza em um resultado de colocação em perigo. Portanto, nos crimes de perigo, já se tem um resultado, só que não é lesivo típico, mas de colocação em perigo.

Contudo, em sua resposta à crítica, Roxin afirma que, nos casos de comportamentos alternativos conforme o direito em que exista aumento do risco, já se provou que o risco reprovado efetivamente se realizou no resultado. Por conseguinte, tem-se um resultado típico de lesão nessas hipóteses.

2.3.2.3 Utilização da fórmula da conditio sine qua non *e de cursos causais hipotéticos* – A teoria de Roxin é censurada por certos segmentos doutrinários por trabalhar, ainda que disfarçadamente, com a fórmula da *conditio sine qua non*. Com o método do aumento do risco pergunta-se: "Se o agente tivesse se comportado corretamente, isto diminuiria o risco no caso em questão?". A *conditio sine qua non*

91. Esclarece Roxin que, nesse caso, a extrapolação do risco tolerado não se realizou no curso do ocorrido: ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 338-339. Vide também a respeito, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 210.

92. GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 220; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 217.

93. ROXIN. *Derecho penal...*, p. 381; Idem. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 342.

estaria embutida nessa interrogação, pois, na verdade, o que se faz é o mesmo que indagar: "Se mentalmente substituo o comportamento imprudente pelo correto, deixando intactos outros fatores, haveria que risco de produção do mesmo resultado?". Conclui a crítica que, para a teoria do aumento do risco, seria imprescindível o comportamento correto hipotético para provar o aumento do risco.[94]

Conseqüentemente, a tese não teria conseguido se safar da reflexão hipotética, pois na própria comparação da elevação do risco com uma conduta conforme o direito já está presente o método hipotético.[95] Isso levaria às mesmas deficiências e confusões que a doutrina costuma apontar e que acima mencionamos (cf. acima, 2.2.2.1).

Ora, o próprio Roxin afirma os cursos causais hipotéticos possuem certo valor na busca da determinação do juízo de perigo.[96] E a rigor, nada há de problemático nisso, porque, como veremos logo abaixo (item 3.1), a alternativa a levar em conta cursos causais hipotéticos é recair no *versari in re illicita.*

Por fim, uma outra crítica feita pela doutrina é a de que a tese do aumento do risco necessitaria de mecanismos complementares, como o critério do fim de proteção da norma, por se mostrar incapaz de resolver autonomamente certos casos.[97] Porém, o próprio Roxin adverte que esses parâmetros se completam e já foram criados com esse propósito.[98]

94. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 246; Contra: GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales...*, p. 219, para quem a teoria do incremento do risco de Roxin "não opera com nenhuma especulação hipotética".

95. MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 221.

96. V. nota 103.

97. Um exemplo é o conhecido caso dos dois ciclistas, no qual os mesmos pedalavam, um na frente do outro, sem qualquer iluminação em suas bicicletas, por uma estrada escura. O primeiro se chocou com alguém que vinha na direção contrária e morreu. Este caso é resolvido, não pela teoria da elevação do risco, mas sim pelo critério do fim de proteção da norma, que lhe é complementar no que tange à aferição da realização do risco. Não se pode afirmar que se o ciclista sobrevivente tivesse iluminado sua bicicleta, o outro teria sido visto e não teria sido abalroado. Não é a função da referida norma iluminar bicicletas alheias, mas a própria bicicleta: nesse sentido, ROXIN. *Derecho penal...*, p. 378; ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 335-336; FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 267-268; GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 69. Vide também a respeito, REYES ALVARADO. Op. cit., p 254-255; MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 246.

98. ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal...*, p. 351.

3. Posicionamento

3.1 Relevância e influência dos comportamentos alternativos conforme o direito para a imputação objetiva do resultado

Majoritariamente, entende-se que os cursos causais hipotéticos são totalmente irrelevantes para os fins da imputação objetiva.[99]

O comportamento alternativo conforme o direito seria uma espécie de curso causal hipotético. Entende-se que esse mecanismo, muito embora possa ajudar a delimitar o nexo de realização do risco, não é apto para a consecução de tal fim com precisão.[100]

Note-se que quando a inevitabilidade do resultado pelo comportamento correto é manifestamente clara, a ampla maioria dos autores não vê qualquer empecilho em negar de pronto a imputação, seja com base em considerações político-criminais, seja simplesmente por uma questão de justiça. A questão se torna trabalhosa quando o caso concreto apresenta dados fáticos relativos ao risco que se mostram inseguros.

Não obstante o reconhecimento de suas falhas e deficiências, a doutrina não logrou prescindir da utilização dos comportamentos alternativos conforme o direito na verificação da realização do risco juridicamente desaprovado no resultado, pois ainda não surgiu outro método que possa desempenhar tortuosa tarefa com eficiência. Daí porque, mesmo diante de todos os problemas apontados, é melhor continuar recorrendo a cursos causais hipotéticos do que defender soluções aberrantes como imputar resultados que ocorreriam seguramente ainda que o agente se tivesse comportamento corretamente.[101] É que afirmar a respon-

99. Entretanto, existe uma carência na doutrina no que tange a precisa diferenciação entre os cursos causais hipotéticos e os comportamentos alternativos conforme o direito: GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva...*, p. 132-133.

100. Numa outra visão: os cursos causais hipotéticos constituiriam, em princípio, mero juízo de probabilidade: STRATENWERTH. Op. cit., p. 84

101. Gimbernat critica até mesmo a utilização dos comportamentos alternativos conforme o direito, os quais para ele representariam nada mais do que "uma enésima ressurreição da fórmula da *conditio sine qua non* para determinar uma suposta relação de antijuridicidade" e cujo recurso

sabilidade com base na simples infração de um regramento pressuporia reacender a ultrapassada idéia do *versari in re illicita*. Ademais, a doutrina majoritária acorda que causação de resultado acompanhada de imprudência, não é, necessariamente, *causação imprudente de resultado*.[102]

Prova disso é que, mesmo entre os autores que criticam a utilização de cursos causais hipotéticos, há quem a eles recorra. Para Roxin, os comportamentos alternativos são auxiliares na comparação realizada para se obter o juízo de perigo. Possuem, portanto, um valor heurístico,[103] sendo relevantes para a imputação. Outros, como Spendel e Jakobs, seguem na linha de que a relevância desses comportamentos pode ser reconhecida somente na medição da pena.[104] Mesmo entre os críticos da teoria da *conditio sine qua non*, há também quem admita o seu uso como instrumento auxiliar metódico para demonstrar a causalidade.[105]

Há, ainda um problema deixado de lado ou, quem sabe, até mesmo ignorado por grande parte da doutrina: de qual comportamento diligente devemos partir se o agente tinha diversas possibilidades de comportamento diligente. Assim, levantou a dúvida a penalista Puppe: qual, dentre tantos, deve ser o comportamento hipotético correto?[106] No caso do ciclista, por exemplo, poderíamos proceder imaginando o que teria ocorrido se o caminhoneiro não tivesse nascido ou não estivesse conduzindo

como fundamento de absolvição deveria ser rechaçado pela absoluta impossibilidade de se constatar empiricamente o que teria ocorrido se o sujeito tivesse atuado diligentemente: GIMBERNAT ORDEIG. *Ensayos penales*..., p. 218. No mesmo sentido, MARTINEZ ESCAMILLA. Op. cit., p. 234 e ss.

102. JAKOBS. *Estudios de derecho penal*..., p. 184.

103. Assim, se alguém se comporta incorretamente e o resultado não teria se produzido mediante uma conduta cuidadosa, já existiria um indício de que o risco permitido foi ultrapassado: ROXIN. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*..., p. 345; ROXIN. *Derecho penal*..., p. 382; ROXIN. Violação de dever e resultado nos crimes negligentes..., p. 267.

104. JAKOBS. *A imputação objetiva no direito penal*..., p. 83-84.

105. Posição de Reyes Alvarado, que considera equivocadas todas as teorias que empregam os cursos causais hipotéticos visando determinar a realização do risco. Para o autor, tais cursos serviriam apenas como base para a exigência de certas condutas: REYES ALVARADO. Op. cit., p. 260-263.

106. PUPPE. Op. cit., p. 59. Vide também, GRECO. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*..., p. 133-134.

por aquela estrada. Mas, há quem sugira que seja aquele comportamento que mais se aproxima do comportamento real incorreto, somente diferindo no que tange às circunstâncias que fundamentem a incorreção deste,[107] sugestão que deve ser acolhida. No exemplo dado, portanto, prosseguiríamos supondo o que teria se passado se o motorista tivesse executado a manobra de ultrapassagem de acordo com a legislação. Vale dizer, substituir-se-ia a conduta descuidada por aquela conduta que, naquela situação particular, seria a legalmente exigível. Se assim não fosse, o alargamento das possibilidades de comportamento cuidadoso acabaria por interferir na análise da ligação do desvalor da ação com o desvalor do resultado, tornando ainda mais difícil constatar se o resultado ocorreu em razão da ação proibida ou se está apenas ligado a esta por fatores meramente casuais. Portanto, a conduta correta usada como paradigma deve conter não mais do que um mínimo retoque, suficiente para afastar a imprudência, de modo a facilitar a averiguação da realização do risco.

3.2 A teoria do aumento do risco como a solução dogmática e político-criminal apropriada

Na prática, a não-intencionalidade do delito costuma vir acompanhada de uma série de questões tormentosas, como a causação do fato por um círculo quase inabarcável de pessoas (muitas vezes incluindo a própria vítima), a violação de dever de cuidado por parte de mais de um interveniente, a manifesta periculosidade da atividade e a seqüência de inúmeros desvios no curso causal. E, muitas vezes, não bastará perícia para responder a tantas indagações, pois existem limites que a ciência ainda luta para romper. Conseqüentemente, certas dúvidas irão subsistir.

Cabe à dogmática penal, que agora vislumbra o caminho da política-criminal, interpretar racionalmente e de forma idônea aquilo que muitos juristas já vinham fazendo intuitivamente, com vistas a evitar profundas injustiças materiais e séria descrença da sociedade na vigência das normas jurídicas.

107. REYES ALVARADO. Op. cit., p. 232 e 258; FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 266 e 271.

Reporto-me aos fundamentos de Roxin, em sua teoria do aumento do risco, quando o direito penal se vir diante uma forma perigosa de comportamento. Esta tese parece ser a que melhor resolve os casos de comportamentos alternativos conforme o direito.

Não obstante a teoria da evitabilidade mostrar-se como uma opção processualmente sensata, em termos de direito material o resultado é insatisfatório: o bem jurídico fica sem nenhuma proteção justamente quando mais precisa. E, se a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos, diante de uma ponderação de interesses, cessam as justificativas que tornariam merecedora a concessão do benefício da dúvida com tanta generosidade para alguém que omite o mínimo de cuidado necessário exigido em âmbitos perigosos.

Deve-se, afinal, estimular que aquele que pratica uma atividade perigosa se cerque de toda a prevenção possível, de modo a reduzir os riscos para potenciais vítimas. A permissão do risco não alivia o agente de deveres positivos de cuidado, ao contrário, os amplia, tornando legítima a cobrança de um maior dever de preocupação.[108] Não é à toa que o Estado atua intensamente em certos âmbitos perigosos, criando *standards* de comportamento, que representam um limite mínimo de cuidado necessário. Se assim não fosse, perderiam sentido os crimes de perigo, nos quais basta colocar o objeto juridicamente protegido em perigo para que o crime se configure.[109]

O direito penal não requer um absoluto amparo dos bens jurídicos, daí a aceitação jurídica e social do risco permitido. Logo, também não há de se cobrar o comportamento correto apenas quando este excluir o resultado com certeza, mas também quando o fizer apenas de modo provável ou possível. Com isso, o efeito preventivo geral da norma será melhor atendido.

Se estiverem presentes a causalidade, a imprudência e o nexo de aumento do risco, e o juiz disso se convencer, não há lesão ao *in dubio pro reo*, princípio que só deve ser invocado quando restarem dúvidas. A razão para o reproche aqui é a

108. FEIJÓO SÁNCHEZ. Op. cit., p. 205-206.
109. Cf. por ex.: GALVÃO. *Imputação objetiva*, p. 34-35.

existência de uma norma de cuidado dirigida àquela situação, destinada a evitar exatamente aquele perigo que se consumou no resultado e que foi violada. Dessa forma, por que um julgador deveria se ver forçosamente obrigado a aplicar o *in dubio pro reo*, mesmo diante de uma comprovada, e não meramente duvidosa, brutal indiferença do acusado em relação a bens jurídicos fundamentais, representada por uma lesão a elementares exigências de cuidado? Além disso, a meu ver, o manifesto descumprimento da norma (imprudência), a causalidade e o aumento do risco já legitimariam a punição, sem que se precisasse perguntar pela evitabilidade do comportamento correto, mas tão-somente se este diminuiria os riscos. Assim, não haverá violação ao *in dubio pro reo*, uma vez formada a convicção judicial a respeito da presença desses elementos.

Assim, a proposta elaborada por Roxin, (com a ressalva feita no item 2.3.3.1) parece ser o melhor mecanismo para ser aplicado em âmbitos reconhecidamente arriscados, cuja danosidade social é implícita, e, especialmente, em cursos causais não-determinados completamente, cujos meandros nenhum critério científico consegue decifrar com precisão. Nas palavras de Puppe, ou nos contentamos com a teoria do aumento do risco para tais hipóteses ou renunciamos a toda imputação.[110] Com isso, não resvalaríamos no inadmissível vácuo de impunidade deixado pela teoria tradicional.

4. Referências bibliográficas

BACIGUALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal.* Parte general. 5. ed. Akal/Iure, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal.* Parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Imputación objetiva, Cuestiones metodológicas y sistemáticas. In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva.* Santa Fé de Bogotá: Santa Fé de Bogotá, 1998.

110. PUPPE. Op. cit., p. 27-29 e 76-77.

_____; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal.* v. 2. Ed. Trotta, 1999.

CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 30 (2000), p. 65 e ss.

CANCIO MELLIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal.* Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

CASTALDO, Andrea. La concreción del riesgo jurídicamente relevante. *Política Criminal y nuevo derecho penal.* Libro homenaje a Claus Roxin. J. M. Silva Sánchez (ed.). J. M. Bosch, 1994.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español II.* Madrid: Technos, 1990.

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

DELMANTO e outros. *Código Penal comentado.* 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.* São Paulo: RT, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicídio y lesiones imprudentes:* requisitos y límites materiales. Zaragoza: Editorial Edijus, 1999.

FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva.* Colex, 1995.

_____. La imputación objetiva: Estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoria del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Cepad.* Disponível em: <http://www.cepad.com.br/artigos/artigos.html>. Acesso em 26.04.2005.

_____. *Imputação objetiva.* Mandamentos, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales.* Madrid: Editorial Technos, 1999.

_____. *Estudios de derecho penal.* Madrid: Editorial Technos, 1990.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco.* RT, 2004.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito, em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal", de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* 32 (2000), p. 120 e ss.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal.* Obras completas. t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal.* Trad. Cancio Meliá/Suaréz González. Madrid: Civitas, 1996.

_____. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. Joachin Cuello Contreras e Jose luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

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

_____. *Estudios de derecho penal.* Trad. Enrique Peñaranda ramos. Carlos J. Juarez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal.* Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal.* Parte general. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. 4. ed. Granada: Comares.

LARRAURI, Elena. Imputación objetiva. Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva. In: BUSTOS/LARRAURI. *La imputación objetiva.* Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva.* Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del derecho, 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago. *Cuestiones actuales de la teoría del delito.* Monografía Ciencias Jurídicas. Madrid, 1999.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal.* v. 1 e 2. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado.* Madrid: Edersa, 1992.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal.* t. II. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1949.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Derecho penal.* Parte general. Madrid: Civitas, 1977.

NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Melliá y Marcelo A. Sancinetti. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del derecho, 1998.

OTTO, Harro. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal. In: NAUCKE, Wolfgang; OTTO, Harro; JAKOBS, Günther; ROXIN, Claus. *La prohibición de regreso en derecho penal.* Trad. Manuel Cancio Melliá y Marcelo A. Sancinetti. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del derecho, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. Nexo de causalidade e imputação objetiva. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco.* São Paulo: RT, 2003.

PUPPE, Ingeborg. *La imputación objetiva.* Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales. Trad. Percy García Cavero. Granada, 2001.

REGIS PRADO. Luiz. *Curso de direito penal brasileiro.* Parte geral. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

REGIS PRADO, Luiz; MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorias da imputação objetiva do resultado.* São Paulo: RT, 2002.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.* 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.

ROXIN, Claus. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. Trad. Ana Natschedaretz. *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993 (orig. 1962).

_____. Do limite entre comissão e omissão. Trad. Ana Natschedaretz. *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993 (orig. 1969).

_____. *Derecho penal.* Parte general. t. I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997.

_____. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. Trad. Ana Paula Natscheradetz. *Problemas fundamentais de direito penal.* 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993 (orig. 1970).

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 35 (2001), p. 13 e ss.

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

_____. *Política criminal e sistema jurídico penal.* 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A teoria da imputação objetiva. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, 38* (2002), p. 11 e ss.

_____. JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael: *Sobre el estado de la teoria del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal.* Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno de derecho penal*: cuestiones fundamentales. Introducción, traducción y notas de Jesús Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporâneo.* Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

_____. *El delito de omisión, concepto y sistema.* Barcelona: Librería Bosh, 1986.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal.* Parte general. v. 1. El hecho punible. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito.* São Paulo: RT, 1980.

_____. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito penal da negligência.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

URZÚA, Enrique Cury. *Derecho penal.* Parte general. t. I. 2. ed. Jurídico do Chile.

A situação da Justiça Penal no Brasil do século XIX

Roberto Chacon de Albuquerque
Doutor em Direito pela FDUSP, professor universitário, advogado.

Sumário: Introdução – 1. Código Penal de 1830 e estrutura social – 2. Crimes contra a propriedade nos Códigos Penais de 1830 e 1890: 2.1 Furto; 2.2 Roubo; 2.3 Estelionato; 2.4 Dano – 3. Código Penal de 1890 e estrutura social – 4. A legitimidade do sistema penal no final do século XIX: 4.1 Polícia; 4.2 Júri; 4.3 Impunidade – 5. A situação das prisões no final do século XIX – 6. A culpa dos desvalidos – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

Resumo: O autor analisa o direito penal do Império e da Primeira República, levando em consideração assimetrias em sua aplicação que deitam raízes em estruturas sociais. A legitimidade do direito penal no final do século XIX é examinada a partir da percepção que se tinha da polícia, do júri e da impunidade. O estudo da situação das prisões no final do século XIX indica que a crise do sistema prisional no Brasil não é um fato circunstancial.

Abstract: The author analyzes the Criminal Law of the Empire and the First Republic, taking into consideration asymmetries in its application that have roots in social structures. The legitimacy of the Criminal Law in the end of the 19th century is examined based on the perception that was had concerning the police, the jury and impunity. The study of the prisons' situation in the end of the 19th century shows that the crisis of the prison system in Brazil in not a circumstancial fact.

Palavras-chave: Justiça penal – História – Brasil – Legitimidade.

Keywords: Criminal Justice – History – Brazil – Legitimacy.

Introdução[1]

Não há direito penal sem história do direito penal.[2] Talvez se possa acrescentar que a importância de todo estudo histórico resida em sua atualidade. Com o estudo do direito penal vigente no Império e na Primeira República, descobrem-se assimetrias na aplicação do direito que se mantêm até hoje, assimetrias que muitas vezes deitam raízes em estruturas sociais.

Tanto o Império quanto a Primeira República ensaiaram uma modernização conservadora do Brasil, sem reformas estruturais. Dentro desse esforço de modernização, cujo alcance foi, sobretudo, epidérmico, adotaram-se, respectivamente, o Código Penal de 1830, projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, o primeiro código elaborado na história brasileira, e o Código Penal de 1890, promulgado durante a presidência de Deodoro da Fonseca, antes mesmo da nova Constituição de 1891, preparada por Rui Barbosa. Essa modernização conservadora não nos pode fazer esquecer a preservação da escravidão durante quase todo o século XIX.

Às vésperas da Primeira República, já se reconhecia: "A marcha da civilização é, porém, lenta do litoral para o interior de tão dilatadas regiões, em muitas das quais a difusão do ensino, a ação da autoridade e o regime correcional encontram embaraços que só poderão ser superados à medida do desenvolvimento da população, da riqueza pública e particular, dos meios de transporte e comunicação."[3]

1. Este artigo foi redigido durante um curso sobre história do direito brasileiro ministrado pelo Professor Dr. Miguel Reale Jr. na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

2. THOMPSON, Augusto F.G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: RT, 1976, p. V.

3. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Quarta Sessão da Vigésima Legislatura

1. Código Penal de 1830 e estrutura social

Bem antes de Dom Afonso V, que unificaria a legislação portuguesa com as Ordenações Afonsinas, Dom Afonso II, um dos primeiros reis portugueses, convocou as primeiras cortes portuguesas, para Coimbra, em 1211. Várias leis com vigência em todo o reino foram adotadas. Logo após a ruptura dos vínculos com Portugal, o Brasil também precisou adotar uma legislação autóctone, indispensável ao funcionamento de um sistema jurídico independente.[4] A própria Constituição de 1824, art. 179, § 18, determinou: "Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade."[5]

O Código Penal de 1830, em boa parte, constituiu uma resposta ao constrangimento, à vergonha que as Ordenações Filipinas, "vigentes durante boa parte do século XIX sobre o mapa quase inteiro da América Latina",[6] inspirava nas elites brasileiras diante das críticas dos países considerados civilizados, sobretudo as provenientes da França, à época a matriz intelectual do Ocidente. A banalidade da pena de morte nas Ordenações Filipinas era notória.[7] Com o Código Penal de 1830, "desaparece a grande maioria das figuras jurídicas que no Livro V das Ordenações Filipinas tornavam as normas penais estreitamente ligadas ao espírito inquisitorial dos séculos XVI e XVII."[8]

As Ordenações Filipinas regulavam minuciosamente as relações entre nacionais e mouros. Ciganos, armênios, árabes, persas e mouriscos de Granada estavam proibidos de entrar em território português.[9] A crueldade da justiça penal

em 1889 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Francisco d'Assis Rosa e Silva. Rio de Janeiro, 1889, p. 5.

4. MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social:* comentário sociológico ao Código criminal de 1830. São Paulo: Saraiva/Ed. da Universidade de São Paulo, 1977, p. 9.
5. Idem, p. 47.
6. Idem, p. 71.
7. Augusto F.G. Thompson, ob. cit., pp. 84-85.
8. Zahidé Machado Neto, ob. cit., p. 20.
9. Idem, p. 39.

medieval era declarada.[10] A crueldade da justiça penal hodierna tende mais a ser sub-reptícia, excluída da legislação, mais policial do que judicial.

À semelhança da Constituição de 1824, o Código Penal de 1830 também foi discutido e votado pelos setores mais favorecidos da sociedade brasileira: "11 portadores de títulos militares ou equivalentes; 6 bacharéis; 15 sacerdotes; 20 magistrados; 2 médicos; 1 advogado; 3 doutores (sem indicação do tipo de doutorado); 42 sem indicação de atividade ou profissão (destes, 16 são naquele momento, ou serão em breve, portadores de títulos nobiliárquicos)."[11] Tais setores, ao conceberem o Código Penal de 1830, adotaram um liberalismo de importação, de fachada. O Código, talvez por pudor, não contemplou em seus artigos "o furto e o roubo da propriedade maior, algumas vezes ainda mais valiosa que a terra: o escravo."[12] Tanto o artigo que dizia respeito ao furto quanto o que se referia ao roubo nenhuma referência fizeram ao escravo.[13] Com efeito, "o escravo não mereceu como bem, como valor, um tratamento específico no Código Criminal."[14] Um decreto, sete anos depois, disciplinou o furto e o roubo de escravos.[15]

De uma maneira patente, o direito penal demonstrou sua incapacidade de modificar estruturas sociais. Apesar de o Código Penal de 1830 ter pretendido ignorar o furto e o roubo do que talvez fosse a propriedade maior numa sociedade escravista, a realidade sobrepôs-se ao seu idealismo comedido com uma legislação extravagante. A utopia do Código Penal de 1830 foi contida pelo sentido de resistência do tradicionalismo da sociedade.[16] O Código Penal de

10. Augusto F.G. Thompson, ob. cit., p. 52: "Não só as penas, todavia, constituíam a face cruel da justiça medieval. Cumpre lembrar que o processo era eivado de torturas e provas atrozes, com abundante apelo às ordálias, das quais, freqüentemente, resultava intenso sofrimento para o acusado como no caso da prova do ferro em brasa, prova da água fervente etc."
11. Zahidé Machado Neto, ob. cit., pp. 15-16.
12. Idem, p. 94.
13. Idem, p. 94.
14. Idem, p. 94.
15. Idem, p. 94.
16. Idem, p. 9.

1830 mostrou-se incapaz de romper esse traço da estrutura sócio-econômica, o escravo como mercadoria.

Mesmo os que pregavam um apego ao liberalismo contra a propriedade oriunda da escravidão podiam demonstrar "um tenaz apego aos princípios garantidores daquela estrutura",[17] chegando a defender "o sistema escravista, rigorosamente, ao tempo em que, às vezes na mesma ocasião, pugnavam pelos 'direitos do homem' e pelo 'respeito à pessoa humana'."[18] Cerca de cinqüenta anos antes da independência do Brasil, Dom José I abolira a escravidão em Portugal, tendo-se decretado medidas para combater o tráfico de escravos com destino ao território português.[19] Todos os escravos que entrassem em Portugal foram considerados livres.[20] Tais medidas, no Brasil, ainda tardariam em muito a serem adotadas.

Com o Código Penal de 1830, admitiu-se a pena de morte "nos casos específicos de homicídio com agravantes, de roubo seguido de morte e dos movimentos de insurreição de escravos (considerado crime contra a 'segurança interna do Império e pública tranqüilidade'), para os cabeças do movimento, em cujo caso a lei taxativamente observa aplicar-se a pena tanto para as pessoas livres como para os escravos".[21] Ao que tudo indica, a escravidão no Brasil, como em qualquer parte e em qualquer época, nada tinha de suave, exceto talvez os casos em que se formassem vínculos afetivos entre senhor e escravo. Mesmo em tais casos, a situação do escravo nada tinha de confortável, sequer sob o ponto de vista emocional. A qualquer momento, se, por exemplo, seu senhor falecesse ou enfrentasse uma situação financeira adversa, ele poderia ser vendido a outro senhor com o qual não tivesse qualquer espécie de vínculo afetivo. A propósito, "as galés teriam,

17. Idem, p. 23.

18. Idem, p. 23.

19. D. José I (1714-1777), cognominado "O Reformador", administrou a crise provocada pelo terremoto de 1755 em Lisboa. Em seu reinado, os índios do Brasil foram libertados.

20. FERNANDES, Isabel Alexandra. *Reis e rainhas de Portugal*. Lisboa: Texto Editora, 2001, p. 62.

21. Zahidé Machado Neto, ob. cit., p. 77.

a seu modo, incentivado a delinqüência entre escravos, pelo que representavam de gozo de alguma liberdade".[22]

Embora o Código Penal tenha procurado superar as Ordenações Filipinas, ele terminou referendando a existência da escravidão, uma estrutura social cuja modificação estava completamente fora de seu alcance. Não existiam no Brasil juízes ou tribunais especiais que conhecessem dos delitos cometidos por escravos.[23] Embora se aplicassem aos escravos os princípios gerais do direito penal e do direito processual penal,[24] algumas exceções eram observadas.[25]

Com relação à lei penal, "o escravo, *sujeito* do delito ou agente dele, não é *cousa*, é *pessoa* na acepção lata do termo, é um ente humano, um homem enfim, igual pela natureza aos outros homens livres seus semelhantes. Responde, portanto, pessoal e diretamente pelos delitos que cometa; o que sempre foi sem questão. *Objeto* do delito, porém, ou paciente, cumpre distinguir. O mal de que ele pessoalmente possa ser vítima não constitui o crime de *dano*, e sim *ofensa física*, para ser punido como tal, embora o ofensor fique sujeito a indenizar o senhor; nesta última parte, a questão é de *propriedade*, mas na outra é de *personalidade*."[26]

22. Idem, p. 79.

23. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*: ensaio histórico-jurídico-social. Parte primeira. Direito sobre os escravos e libertos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 33.

24. Idem, p. 34.

25. Idem, pp. 34-36: "Mas devemos atender às exceções e modificações de direito em relação aos escravos. Assim: 1.º O escravo não é admitido a dar queixa por si; mas por intermédio de seu senhor, ou do Promotor Público, ou de qualquer do povo (se o senhor não o faz), como pessoa *miserável*. 2.º Não pode dar denúncia contra o senhor. 3.º Não pode ser testemunha jurada, e apenas informante. 4.º Quando réu ou acusado, deve-se-lhe nomear defensor ou curador pelo Juiz do processo, se o senhor se não presta a isso como seu curador nato. 5.º Que nos crimes da Lei de 10 de junho de 1835, assim como no de insurreição e quaisquer outros em que caiba a pena de morte, não há recurso algum, mesmo o de revista. 6.º Que em tais casos pode ser extraordinariamente convocada sessão do Júri para o julgamento. 7.º Que, todavia, se a condenação for em pena capital (morte), não se deve esta executar sem se decidir o recurso de graça ao Poder Moderador."

26. Idem, pp. 39-40.

O Código Penal de 1830 não pecou em qualidade doutrinária, em *importância e significação.*[27] Ele pode ser considerado como sendo o primeiro da América Latina, "efetivamente nacional e próprio".[28] Um de seus principais legados, todavia, reside em sua incapacidade manifesta de modificar estruturas sociais, característica que pode ser estendida a todo o direito penal, em qualquer época. Como já assinalamos, a Constituição de 1824, art. 179, § 18, determinou: "Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal *fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade.*"[29] Como o Código Penal de 1830, "uma tentativa de adequar o direito penal a uma nova realidade sócio-política e econômica",[30] poderia ter contribuído para disseminar "justiça e eqüidade" na sociedade, se a própria Constituição de 1824 tolerava a escravidão?

Para Zahidé Machado Neto, "a acreditar no testemunho de Kidder e Fletcher, missionários metodistas que estiveram no Brasil em plena vigência do Código de 30 (1836-1865) e que traçam observações extremamente interessantes a respeito dos costumes de um modo geral e de aspectos da delinqüência no Rio de Janeiro, segundo eles, na prisão do Aljube (a prisão da cidade), por exemplo, são vistos 'criminosos acorrentados' vivendo em condições precárias; 'a maioria dos prisioneiros é de escravos' – dizem ainda eles –, 'se bem que as leis brasileiras não distingam cor e condição social'(!)."[31]

Ao mesmo tempo em que, com a independência, o Brasil procurava organizar-se como Estado soberano e comunidade nacional autônoma, com um Código Penal próprio, durante o Império foram numerosos os momentos

27. Zahidé Machado Neto, ob. cit., p. 71: "'O Código de 1830' – escreve o jurista argentino Ladislau Thót – 'era o primeiro código penal independente e autônomo da América Latina', e sua importância e significação podem ser observadas em vários pontos de vista, como o nacional, o americano, e do direito comparado e o da política criminal."

28. Idem, p. 71.

29. Idem, p. 47.

30. Idem, p. 71.

31. Idem, p. 80.

de recurso à barbárie, com finalidades separatistas, que tiveram início após a independência, estendendo-se até a Regência e mesmo até o Segundo Reinado,[32] sobretudo no Rio Grande do Sul e Pernambuco. O espírito sedicioso, as discórdias e perturbações civis, por muito tempo, não cessariam de dilacerar diferentes províncias do Império.[33] Roubos, incêndios, devastações de propriedades, assassinatos eram cometidos pelos separatistas contra os defensores da ordem estabelecida.[34] Inseriram-se no Código Penal de 1830 tipos penais destinados a enquadrar "as figuras da *conspiração*, da *rebelião* e da *sedição*",[35] procurando assegurar a unidade política brasileira. A insuficiência dos meios de repressão legal contra os crimes que atacavam a propriedade e a vida dos cidadãos, todavia, parecia ser "evidente à vista da maior freqüência com que tais crimes são cometidos em quase todas as províncias."[36]

O fim da escravidão contribuiu para a extinção de outra modalidade de recurso à barbárie: "Não devo omitir o notável proveito que a segurança individual e de propriedade colheu da extinção do elemento servil: desapareceram esses bandos de escravos fugidos, que a miséria, o terror e a vingança conduziam ou predispunham ao crime, ora concebido por eles, ora planejado por outros que procuravam auxiliares entre esses desgraçados menos receosos das prisões do que dos rigores de sua condição."[37]

32. Idem, pp. 87-88.

33. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça,* apresentado à Assembléia Geral Legislativa em 1833 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Honorário Hermeto Carneiro Leão. Rio de Janeiro, 1833, p. 1.

34. Idem, p. 3.

35. Zahidé Machado Neto, ob. cit., pp. 87-88.

36. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça,* apresentado à Assembléia Geral Legislativa em 1833 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Honorário Hermeto Carneiro Leão. Rio de Janeiro, 1833, p. 7.

37. Idem. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça,* apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Quarta Sessão da Vigésima Legislatura em 1889 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Francisco d'Assis Rosa e Silva. Rio de Janeiro, 1889, p. 5.

2. Crimes contra a propriedade nos Códigos Penais de 1830 e 1890

Nenhuma outra modalidade de crime povoa tanto o imaginário popular quanto os crimes contra o patrimônio, à exceção provavelmente dos crimes contra a vida. Chama-se de ladrão, indistintamente, quem comete furto, roubo, estelionato e, até mesmo, corrupção ativa ou passiva, bem como peculato. O ápice da repulsa popular, muitas vezes, concentra-se em quem tenha praticado o latrocínio, quando tanto o patrimônio quanto a vida são objeto do crime que "representa em um extremo a violência máxima associada ao crime contra a propriedade."[38]

Durante o Império, o escravo era objeto de crimes contra o patrimônio. Quadrilhas bem organizadas de ladrões de escravos, algumas bastante perigosas, agiam com destreza, perante um sistema repressivo disperso. Quem vendesse um liberto, como se ainda fosse escravo, cometia estelionato.[39] Vender ou alienar como próprio o escravo alheio também constituía estelionato,[40] assim como vender ou alienar o escravo especialmente hipotecado.[41] Com o Dec. de 15.10.1837, tanto o furto[42] quanto o roubo de escravos se tornaram crimes específicos.[43] Perdigão Malheiro ensina: "Ao contrário, desde que ele não é o ofendido em sua pessoa, e

38. FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano.* A criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 144.

39. PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do Codigo Penal brazileiro.* Estudos syntheticos e praticos. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1882. t. II, p. 598.

40. Código Penal de 1830, art. 264.

41. Agostinho Marques Perdigão Malheiro, ob. cit., p. 40.

42. Para Perdigão Malheiro, "o furto de escravos nem é simples furto, é pela lei qualificado roubo." Cf. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil:* ensaio histórico-jurídico-social. Parte primeira. Direito sobre os escravos e libertos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, p. 40.

43. VASCONCELLOS, J. M. P. de. *Codigo Criminal do Império do Brazil anotado.* Nova edição revista, anotada e aumentada com a legislação respectiva até o presente por Miguel Thomaz Pessoa. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1878, p. 133, nota de rodapé n. 196.

sim exclusivamente o senhor na sua propriedade, o crime já não é senão em relação a este, e, portanto, unicamente, contra a propriedade."

Com a Primeira República, marcadamente positivista, "os crimes mais freqüentes são contra a propriedade, e isso explica-se pela facilidade que tem o criminoso – já de fazer desaparecer as provas materiais do crime, já de livrar-se solto, *contando quase sempre com a impunidade.*"[44]

2.1 Furto

Ao lado do furto de gado *vaccum*,[45] ou de cavalos,[46] extremamente freqüentes numa sociedade agrária como a do Império, outra modalidade de furto que vingava era o furto de escravos, cuja propriedade só era transferida mediante escritura pública: "Não tem fundamento legal a queixa por furto de escravo contra o que o vendeu, recebeu o importe, não passou a escritura e o levou consigo depois; porque só pela escritura, da substância do contrato, se transfere o domínio: e quem não o tem, não se pode dizer dono para queixar-se que de seu poder foi tirado o mesmo escravo contra a sua vontade."[47] Para os contratos de compra e venda de escravos, a escritura pública era essencial. A compra e venda por instrumento particular era nula.[48] Sem dúvida, tal formalidade era exigida em função do alto valor atingido pelo escravo no Império, um dos "bens" mais valiosos à época. Não se dava, por outro lado, ação de furto entre marido e mulher, tampouco estelionato, à luz do Código Penal de 1830. Deviam ser processados os estranhos que se mancomunavam com algum dos cônjuges para defraudar o outro.[49]

44. THOMPSON, Camões dos Santos Lima (Promotor, Rezende). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 202.

45. Carlos Frederico Marques Perdigão, ob. cit., pp. 550-551.

46. Idem, pp. 551-552.

47. Idem, pp. 552-559.

48. Idem, p. 558.

49. J.M.P. de Vasconcellos, ob. cit., p. 137, nota de rodapé n. 201.

Com a Lei de Reforma Judiciária de 1871, o elemento primeiro da prisão preventiva tornou-se a inafiançabilidade do crime.[50] Um gerente e guarda-livros da Fábrica Stearica Dumont viria a beneficiar-se dessa exigência legal. Dentro de suas atribuições funcionais, ele comprava materiais, vendia velas e sabão, produtos da mesma fábrica, recebia dinheiro, fazia pagamentos e transações no ramo da indústria.[51] Abusando de tais poderes, passou a fazer "jogo de cambiais". Deu desfalques no caixa, apropriando-se de vinte e tantos contos de réis. Também passou a efetuar lançamentos falsos.[52] Sua prisão preventiva, por furto e estelionato, não pôde "ser decretada por ser o crime do acusado Raul Cirne um crime em que cabe a fiança."[53]

O Código Penal de 1890 revelaria "a expressa preocupação repressiva com a infidelidade dos criados", já que se define "como roubo a subtração praticada por alguém à noite, 'com auxílio de algum doméstico que tenha sido subornado'."[54] Boris Fausto sustenta, numa ocasião, que "os acusados trabalham em casas de classe média ou da alta burguesia."[55] São "gente não só pobre como fisicamente marcadas pelas condições de trabalho."[56] Colegas de trabalho costumavam depor contra os acusados: "Em todos os processos, há colegas depondo contra estes. Maria Ana Paraíso, a moça negra processada pelo furto de roupas em 1892, descrita pelo delegado segundo os padrões do mercado de escravos, é denunciada por uma colega cozinheira."[57]

O furto de animais, praticado em São Paulo durante a Primeira República, cometido geralmente por pequenos ladrões,[58] chegou a incluir o "prosaico furto de um cachorro dinamarquês, cometido pelo empregado jamaicano de um inglês

50. FORTES, Auto B. *Questões criminaes*. São Paulo: Casa Endrizzi, 1899, p. 206.
51. Idem, pp. 195-196.
52. Idem, p. 196.
53. Idem, pp. 205-206.
54. Boris Fausto, ob. cit., p. 151.
55. Idem, p. 151.
56. Idem, p. 151.
57. Idem, p. 154.
58. Idem, p. 142.

que se compadeceu 'da figura de um negro maltrapilho, falando sua língua pelas ruas da cidade'."[59] Para Boris Fausto, não faltava imaginação aos ladrões, já que "se fosse possível reunir os produtos de furto em uma loja de quinquilharias, nela figurariam bolas de bilhar, dentes postiços subtraídos por um auxiliar de protético, armas de fogo, discos, instrumentos musicais, belas campainhas provenientes de casas elegantes, cujos botões se entremostram nas bocas de tigres ou leões."[60]

Como hoje, não se prendiam com facilidade, na Primeira República, os acusados de furto: "Nos crimes de furto, é quase impossível a ação da justiça. E a razão é que sendo a comarca muito extensa e pessimamente policiada, eles aproveitam-se destas circunstâncias para fazer a exibição das grandes habilidades que possuem no exercício da arte de se apoderar do alheio; pois que, conhecedores da lei que rege a matéria, eles bem sabem que o essencial é não se deixarem capturar em flagrante delito."[61]

2.2 Roubo

Algumas quadrilhas de ladrões de escravos, em virtude de sua periculosidade, chegaram a ganhar a atenção do governo central, durante o Império: "Tinha o juiz municipal, em razão de seu ofício, ordenado a prisão de um indivíduo, em cujo poder fora encontrado um escravo roubado."[62] Indenizado o dono do escravo, o juiz municipal Joaquim Procópio Freire de Andrade, das vilas de Pombal e Tucano, mandou soltar o preso, "que aliás não era isento da suspeita de ser avezado a crimes semelhantes."[63] Com seus asseclas, o indivíduo, talvez chefe da quadrilha, invade

59. Idem, p. 142.

60. Idem, pp. 142-143.

61. Camões dos Santos Lima Thompson, ob. cit., p. 203.

62. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira Sessão da Sexta Legislatura em 1846 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Joaquim Fernandes Torres. Rio de Janeiro, 1846, p. 7.

63. Idem, p. 8.

a vila, ataca o quartel, mata com uma descarga um dos praças, cerca, arromba a casa do juiz e o mata também.[64]

Outra modalidade de roubo que se sobressaía já na Primeira República, numa sociedade que ainda continuava essencialmente agrícola, era o *roubo de colheita*. Plácido da Silva, Delfino Pereira da Silva e José Console, acusados de roubo de café na estação de Sant'Anna de Maruí, Estrada de Ferro Leopoldina, foram pronunciados, o primeiro como incurso no art. 356 do CP de 1890 e os outros no mesmo art. 356, combinado com os §§ 1.º e 3.º do art. 18.[65]

Ao mesmo tempo em que o Brasil, em sua maior parte, continuava essencialmente agrícola, São Paulo modernizava-se, passando a contar com uma rede hoteleira incipiente mas promissora.

Pedro Salomão Pinto hospedara-se no Hotel Nacional no dia 11.11.1897, tomando o quarto n. 8 e assinando-se José Ramos, negociante.[66] Dr. França Carvalho acordou e "examinou então suas roupas e verificou que lhe havia sido subtraída a quantia de Rs. 3:125$000, sendo que Rs. 3:000$000 havia recebido da Casa Prado Chaves & C.ª no dia 12."[67] Anunciado o fato ao proprietário do hotel, foi informado pelo porteiro da casa de que o hóspede José Ramos havia saído às 3 horas da madrugada, sendo que este hóspede lhe havia recomendado que o despertasse às 5 1/2 da madrugada para tomar o trem de Santos.[68] E mais: "A chave que servia a porta, de costume, fechada e que deu ingresso ao criminoso no quarto do Dr. França Carvalho, estava, com outras chaves, nos ganchos numerados em correspondência aos diversos quartos do hotel."[69] Essa chave não foi mais encon-

64. Idem, p. 8.
65. D'ALBUQUERQUE, Afrânio (Promotor, Niterói). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 136.
66. Auto B. Fortes, ob. cit., p. 115.
67. Idem, p. 116.
68. Idem, p. 116.
69. Idem, p. 116.

trada.[70] Decidiu-se que "neste quarto o cidadão tem o seu asilo momentâneo ou habitual, e toda invasão que nele se fizer à noite ou de dia sem as formalidades da Lei será uma violação desse asilo que a nossa Constituição cercou com muralhas tão altas."[71] Sendo assim, "o quarto de um hotel é, pois, para o hóspede a sua casa, o seu asilo inviolável e, portanto, todo aquele que aí penetrar com os meios do art. 357, 2ª parte do CP, faz uma violência à sua pessoa."[72] O réu penetrara no quarto onde dormia o Dr. França Carvalho à noite com chave destinada a abrir a porta de comunicação entre o quarto de sua sobrinha e a sala do hotel.[73]

O juiz da 4ª Vara Criminal, Dr. Clementino de Souza Castro, sentenciou Pedro Salomão Pinto com decisão de 21.12.1897 nas penas do art. 357, 2ª parte do CP. Ele concluiu: "O que é certo é que o recorrente, qualquer que fosse o nome de que usasse, uma vez aboletado em um hotel, não podia fazer uso senão do quarto ou cômodo que lhe estava designado, porque, como bem se deve compreender, cada repartimento de um hotel está para o hóspede que o toma como uma casa qualquer de aluguel para o inquilino. Se a entrada nesta por pessoa estranha fora dos casos comuns constitui crime, a entrada de um hóspede em um quarto diverso daquele que tomou, fora dos casos comuns, também é um crime."[74] Essa decisão, já que vivemos numa época em que se passa a residir crescentemente em apart-hotéis e *flats*, surpreende por sua atualidade.

Boris Fausto afirma que "já em 1878, o chefe de Polícia ressaltava a periculosidade à noite de locais como a Rua de Santa Efigênia, onde existiam vários cortiços, e o Largo 7 de Abril – atual Praça da República. Em 1882, o viajante Junius dizia que os ladrões andavam por toda parte e eram de uma 'ousadia admirável'. Roubavam durante o dia, em lugares muito freqüentados".[75]

70. Idem, p. 116.
71. Idem, p. 126.
72. Idem, pp. 126-127.
73. Idem, p. 127.
74. Idem, p. 128.
75. Boris Fausto, ob. cit., p. 170

2.3 Estelionato

Datando de 25.06.1850, o Código Comercial suscitou dúvidas quanto à sua aplicação, sobretudo no que diz respeito à faculdade que tem um sócio de processar outro criminalmente. Separando-se a responsabilidade civil da criminal, terminou-se por sedimentar, na jurisprudência, o entendimento de que o Código Comercial, "compreendendo que os prejuízos causados por um sócio podem ser a conseqüência de seus crimes, estabeleceu os recursos de que outros sócios podem lançar mão *além* de procedimento criminal que possa ter lugar."[76] Com efeito, "o crime de furto, do mesmo modo que o de estelionato, dá-se entre sócios, dá-se nos *estados de comunhão e indivisão.*"[77] Para tanto, seria necessário que se constatasse, com provas precisas e seguras, a parte de interesses que tinha o sócio culpado na sociedade. A responsabilidade criminal do sócio "só poderia advir depois de apurada a civil pelos meios regulares (arts. 316 e 333 do CC), como foi decidido por acórdão deste Tribunal quando deu ordem de soltura por *habeas corpus* ao recorrente preso preventivamente como indiciado no crime a que alude a queixa e doutrina o acórdão da Rel. da Corte de 05.09.1876 que se encontra no Direito v. 11, p. 730, aplicável à espécie."[78] Com o julgado da Rel. da Corte de 05.09.1876, negou-se ação criminal a um sócio contra outro que como gerente de sociedade havia dado prejuízos e dois desfalques, já que "não estavam delimitados os interesses de cada sócio na comunhão social, porque nenhuma prova foi apresentada mostrando a parte de capital e lucros de cada sócio, não se podendo, portanto, afirmar a responsabilidade desse sócio pelas quantias e valores desviados que podiam não ultrapassar os limites dos seus interesses na comunhão, sem que previamente se procedesse à liquidação das contas e interesses da sociedade."[79]

76. Auto B. Fortes, ob. cit., p. 191.
77. Idem, pp. 189-190.
78. Idem, p. 192.
79. Idem, pp. 192-193.

Também em finais do século XIX, o "querelado Inácio Setta arrendou ao queixoso Carmine Notari o prédio n. 19 sito à rua Wandenkolk, obrigando-se o arrendatário a fazer diversas benfeitorias no prédio arrendado com as garantias que foram dadas pelo locador da hipoteca do referido prédio que, afirmou o querelado quando lavrada a escritura, estava livre e desembaraçado de quaisquer ônus reais, encargos legais e judiciais."[80] Entendeu-se que "a simples afirmação que faz alguém, quando hipoteca bens, de que estes não se acham embaraçados, não basta para constituir o crime do art. 338 n. 3, que só chega ao seu extremo quando violado o direito de propriedade da vítima."[81] Como o querelado nenhum proveito teria tirado com o seu ato, ele não foi condenado.[82]

Um caso instigante diz respeito a Josefa de Brito, que foi denunciada, por um promotor público, como incursa nos arts. 181, § 1.º, e 338, §§ 5.º e 8.º, do CP, em crimes de cárcere privado e estelionato. Em crime de cárcere privado, porque conservou seqüestrada em sua casa, proibida de sair e de receber visitas, maltratando com injúrias e sevícias, fazendo-lhe até um ferimento no lado esquerdo da região abdominal, a Francisca de Jesus Elesbão, de quem havia sido empregada, de cujo espírito fraco, quase idiota e talvez perturbado, se havia apoderado e completamente dominado. Em crime de estelionato, porque coagindo e subjugando Francisca de Jesus Elesbão, conseguiu que esta fizesse com Estácio José de Brito, companheiro da denunciada, um lesivo contrato de arrendamento de prédios. Vindo a falecer Estácio José de Brito, Josefa de Brito intitulou-se herdeira dele, na posse e gozo desse contrato, passando a receber os aluguéis dos prédios.[83] Julgando-se insuficiente a prova testemunhal, apesar do visível estado depauperado de Francisca de Jesus Elesbão, absolveu-se a ré.

80. Idem, p. 211.
81. Idem, pp. 211-212.
82. Idem, p. 212.
83. CASTRO, Francisco Viveiros de. *Sentenças e decisões em matéria criminal.* Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896, pp. 62-63.

2.4 Dano

Durante o Império, as cidades brasileiras mantiveram seu urbanismo arcaico, herança da colonização portuguesa, com sobrados se perfilando ao longo de ruas estreitas e sinuosas. Até hoje, essa característica urbanística pode ser observada em boa parte das cidades brasileiras. Tal situação, sem levar em conta que os sobrados, bem como as ruas, que talvez merecessem ser chamadas de "vielas", eram muitas vezes iluminados com lampiões a óleo de baleia, inspiravam um grande medo de incêndios na população.

Para Boris Fausto, "a grande maioria das ruas de São Paulo permaneceu praticamente às escuras, não obstante seu intenso crescimento nas últimas décadas do século XIX."[84] A situação no Rio de Janeiro durante o Império, ao que tudo indica, não era muito diferente: "A iluminação pública não chegou ainda ao ponto de perfeição que é de desejar."[85]

Os incendiários não só eram temidos, como até mesmo odiados: "É fora de dúvida que, se o malfeitor lança mão de elementos que se não podem conter facilmente, como o fogo, a pólvora, a água, do primeiro principalmente que incute maior terror pela facilidade do emprego, dificuldade de prova e devastação que causa, deve ser perseguido com a maior severidade, como autos de uma espécie de dano muito diferente do que o causado por meios menos violentos. É por isso que ao incendiário, tanto nas legislações antigas, como em algumas das modernas, tem sido aplicada a pena de morte."[86] Quanto à fixação da competência para litígios compreendendo pedidos de indenização relacionados a dano proveniente de incêndio,[87] envolven-

84. Boris Fausto, ob. cit., p. 169

85. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça,* apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Primeira Sessão da Oitava Legislatura em 1850 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Euzébio de Queiroz Coitinho Mattozo Câmara. Rio de Janeiro, 1850, p. 11.

86. J.M.P. de Vasconcellos, ob. cit., p. 145, nota de rodapé n. 206.

87. Carlos Frederico Marques Perdigão, ob. cit., p. 641.

do companhia seguradora,[88] muito se discutiu até que se entendesse que no foro comercial só poderiam ser ventiladas e discutidas as questões relativas e aplicadas à sua legislação, ao contrário do foro cível.[89]

Se do fato criminoso praticado por um escravo resultasse para o senhor a obrigação de indenizar o dano ao ofendido, a indenização atingiria somente até o valor do mesmo escravo. Tal indenização não poderia ser pedida senão por ação cível, que prescrevia em trinta anos.[90]

3. Código Penal de 1890 e estrutura social

Com a vigência do Código Penal de 1890, continuava havendo uma grande dificuldade em verificar antecedentes. A Carteira de Identidade, introduzida depois de 1906, generalizou-se apenas com o Dec. 4.715, de 23.04.1930.[91] Mesmo assim, torna-se "nítida a correlação entre a existência de antecedentes positivos e o crime contra a propriedade."[92-93] Os acusados "por furto ou roubo revelam uma previsível peculiaridade, ou seja, não só tendem a ser enquadrados no mesmo tipo de infração (em 95 dos 142 'reincidentes' menciona-se furto/roubo apenas ou furto/roubo e outras infrações na vida pregressa do indiciado), como ainda estão associados com freqüência à prática de contravenções penais (97 dos 142 'reincidentes'), sobretudo a vadiagem."[94]

Quadrilhas formavam-se, acompanhando o processo de urbanização de São Paulo, que culminaria com sua transformação em grande metrópole de uma região

88. Idem, p. 657.

89. Idem, p. 641.

90. Agostinho Marques Perdigão Malheiro, ob. cit., pp. 31-32.

91. Boris Fausto, ob. cit., p. 129.

92. Idem, pp. 127-128: "Em proporções desiguais, o conjunto de acusados (512 pessoas em 297 processos, incluindo-se 3 latrocínios) constitui-se da seguinte forma: integrantes do chamado mundo da delinqüência; pessoas acusadas ocasionalmente, às vezes sem maior fundamento, como ocorre em disputas entre vizinhos, concorrentes etc.; membros dos quadros inferiores do aparelho repressivo que têm pontos de contato com o primeiro grupo; um setor à parte formado pelos receptores."

93. Idem, p. 134.

94. Idem, p. 134.

capitalista.[95] Criminosos associavam-se na prática de infrações, com traços não profissionais: "Trata-se, sobretudo, de parentes, amigos de trabalho ou da cadeia que se juntam de forma esporádica ou um pouco mais duradoura."[96] Tais quadrilhas "não chegaram a constituir *gangs* especializadas com grande eficácia de atuação."[97] Pelo contrário, eram "agrupamentos efêmeros, pouco ofensivos, com uma periculosidade magnificada pela polícia."[98] A massificação da criminalidade,[99] todavia, já começara:[100] "Tomando-se a imprensa como indicador a partir dos anos setenta, encontram-se crescentes referências a furtos e à existência de quadrilhas de meliantes."[101]

Sem dúvida, como hoje, as grandes cidades brasileiras não deviam ser locais muito seguros em finais do século XIX: "A pessoa que hoje sai de um teatro, de volta para a casa encontra pelas ruas dezenas de desventurados, uns ébrios, outros na desenfreada crápula, outros dormindo nos passeios, expostos aos rigores das tempestades."[102] Pelo caminho, não era "raro encontrar-se algum armado de uma faca ou de uma pistola."[103]

Imigrantes[104] passaram a assumir uma importância significativa na criminalidade, sobretudo como receptadores,[105] em geral "pequenos comerciantes em

95. Idem, p. 143.

96. Idem, p. 135.

97. Idem, p. 136.

98. Idem, p. 136.

99. Idem, p. 143: "Nos 'velhos tempos', grande número de infrações contra a propriedade é cometido pelos 'descuidistas' que se aproveitam de hábitos arraigados: portas e janelas abertas, mercadorias na frente das lojas, capas deixadas no assento dos cinemas para marcar lugar etc."

100. Idem, p. 143.

101. Idem, p. 170

102. LEAL, Aureliano d'Araújo. *Germens do crime*. Bahia: Livraria Guimarães, 1896, p. 298.

103. Idem, p. 298.

104. Boris Fausto, ob. cit., p. 138: "Na amostra, do ponto de vista da qualificação, observe-se a larga predominância de estrangeiros, com os italianos vindo em primeiro lugar e os árabes em segundo, estes superando inclusive o total de brasileiros."

105. Idem, p. 138, nota de rodapé n. 13: "No Código Penal de 1890, a receptação é uma das modalidades da cumplicidade."

busca de um ganho maior, carroceiros que fazem o transporte de mercadorias em condições suspeitas, trabalhadores autônomos como encanadores, eletricistas, adquirentes de peças a baixo ou ínfimo preço, vários deles analfabetos."[106] Como ocorre atualmente, jóias eram "adquiridas pelos ourives, os quais têm interesse direto no objeto e condições de fazê-lo desaparecer através da fusão."[107]

Os imigrantes também estavam "fortemente associados à prática de subtrações que se destacam pelo valor dos bens, pela maior habilidade intelectual ou manual em um extremo, pela maior dose de violência em outro."[108] Por outro lado, os brasileiros tendiam "a concentrar-se nos furtos banais, seja pela técnica empregada, seja pelos magros objetivos a alcançar. Isto é tanto mais verdadeiro com relação aos acusados pretos ou mulatos."[109] Os imigrantes gozavam da ausência de registros policiais no Brasil, da "falta de indícios – dentre os estrangeiros acusados, 47, figurando em 28 processos, viviam recentemente na cidade."[110]

O Rio de Janeiro também sofreu, durante o Império, um aumento da criminalidade, com a intensificação da imigração: "A imigração estrangeira, indispensável aos países novos, traz-nos a par dos homens laboriosos, que dão incremento e estímulo à população honesta, muitos aventureiros, predispostos, quando não avezados ao crime. A experiência tem mostrado que, nesta Corte especialmente, a maior parte dos crimes contra a propriedade, tão freqüente nos últimos tempos, é fruto dessa população adventícia."[111]

Boris Fausto ressalta que "a área do Centro[112] – apesar de ser melhor iluminada e melhor policiada – figura em primeiro lugar na distribuição por zonas

106. Idem, p. 138.
107. Idem, p. 138.
108. Idem, p. 154.
109. Idem, p. 156.
110. Idem, p. 156.
111. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Primeira Sessão da Décima Quarta Legislatura em 1869 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Martiniano de Alencar. Rio de Janeiro, 1869, p. 24.
112. Boris Fausto, ob. cit., p. 171: "Cresce a sensação de insegurança concentrada sobretudo na ameaça à propriedade. Raffard, visitando São Paulo em fins do século, referia-se à Liberdade, ao

dos crimes apurados de furto e roubo (36% dos casos)";[113] as casas comerciais representavam um dos alvos preferidos.[114] Batiam-se "carteiras nos locais de ajuntamento de público (repartições públicas, o velódromo, bondes e trens); um ladrão mais ousado consegue furtar o relógio de uma pessoa na sala do Fórum onde se encontrava para responder a outro processo."[115]

Acusada da prática de tortura, "há a crítica mais geral à polícia como instituição, 'esse desastrado poder do Estado'."[116] Ao que tudo indica, o controle externo das atividades policiais nunca foi uma tarefa fácil: "O art. 151 do Regulamento 120 de 31.01.1842 não tem tido a execução que era para desejar, de sorte que os relatórios dos chefes de polícia não chegam à Secretaria em tempo oportuno para habilitar o Ministro a dar ao Corpo Legislativo informações sobre este objeto."[117]

À medida que São Paulo crescia, "a sensação de insegurança em certos períodos e certos espaços se integra na vida dos habitantes da cidade, como um elemento constitutivo de sua transformação em grande centro urbano."[118]

4. A legitimidade do sistema penal no final do século XIX

Quanto ao sistema penal como um todo, já no final do século XIX, a julgar pelos relatórios apresentados por promotores fluminenses, seu estado era bastante constrangedor: "Não pequeno numero de réus pronunciados por diferentes crimes

Paraíso e, em especial, às bandas de Santa Efigênia em termos alarmantes. Dizia que as senhoras deveriam abster-se de transitar à noite mesmo pelas ruas principais do bairro se estivessem adornadas com jóias de valor, pois podiam ser atacadas."

113. Idem, pp. 139-140.

114. Idem, p. 140.

115. Idem, p. 140.

116. Idem, pp. 164-165.

117. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 1ª Sessão da 8ª Legislatura em 1850 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Euzébio de Queiroz Coitinho Mattozo Câmara. Rio de Janeiro, 1850, p. 45.

118. Boris Fausto, ob. cit., p. 172

andam foragidos, zombando das leis, e quiçá das autoridades, aguardando sua defesa ou livramento ao esquecimento ou prescrição."[119] Tampouco o Poder Judiciário, à semelhança da polícia, era submetido a um processo eficiente de controle, mesmo *inter pares*: "Desde 1871 que não houve mais correição neste município, e este abandono dos corregedores muito tem concorrido para o estado precário em que se acha o foro."[120]

4.1 Polícia

O Poder Judiciário não contava com uma polícia judiciária bem estruturada. Num processo de subtração e ocultação de uma menor, com seu subseqüente assassinato, um promotor, desalentado, desabafa: "Nesse processo, tudo me leva a crer que se houvesse um pouco mais de tino e maior presteza da parte das autoridades policiais, ou fossem mais amplas as atribuições de vossos delegados, se teria conseguido o descobrimento da verdade. O Ministério Público oficiou com energia e a máxima boa vontade, mas não foi salutar a sua ação por se ver só e abandonado."[121]

As autoridades policiais, "desde que não surpreendem o delinqüente em flagrante delito, limitam-se a elaborar um inquérito, em geral deficiente, e a remetê-lo ao promotor publico, sem que empreguem forças para a captura do delinqüente."[122] Sustentar uma acusação tampouco constituía uma tarefa fácil: "Em geral, os inquéritos são mal feitos; os quesitos do corpo de delito, incompletos ou em desacordo com o Código Penal; os autos de flagrante só de tal têm o nome; as prisões preventivas

119. MENDONÇA, José Luiz Cavalcanti de (Promotor, Angra dos Reis). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 8.

120. Idem, p. 8.

121. DOMINGUES JÚNIOR, José Pires (Promotor, Araruama). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 18.

122. VALENTIM, Arthur Pereira (Promotor, Itaperuma). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 94.

requeridas sem base, quando não ocorre o fato de achar-se o acusado preso sem que isso conste dos autos."[123] Torna-se necessário salientar, ainda, a escassez de quadros policiais, "de modo que é o delegado forçado a intimar paisanos para fazerem a guarda à cadeia, quando é necessário utilizar a força em alguma diligência."[124]

Nada mais atual do que esta afirmação, de um promotor da Vassouras do século XIX: "Sem uma boa organização de polícia judiciária, de modo a termos um pessoal *hábil* e *ativo*, a justiça, sentindo-se privada do concurso da sua auxiliar indispensável, só encontrará óbices peando a sua ação."[125] Mais adiante, ele conclui: "Pobre justiça! Com tal auxiliar, tão radicalmente defeituoso, tenhas, embora, tribunais os mais zelosos e inteligentes, tua ação sempre encontrará embaraços e será ineficaz."[126] Justamente nos estertores da monarquia, em 1889, verificamos: "Em geral, a prevenção dos delitos se ressente da falta de agentes da polícia, que os meios orçamentários não permitem manter convenientemente, e de defeitos conhecidos do sistema de penas e regime penitenciário."[127]

Boris Fausto também alerta que "embora sejam poucos os policiais ou militares indiciados, vinculam-se com freqüência aos roubos onde ocorre violência à pessoa."[128] A título de exemplo, ele menciona que "dentre 17 roubos com violência à pessoa (incluídos 3 latrocínios), 5 têm, como agentes, policiais civis ou militares."[129]

123. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 134.

124. PAIVA, José Maximiano Gomes de (Promotor, Carmo). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 69.

125. FERNANDES JÚNIOR, Antônio José (Promotor, Vassouras). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 350.

126. Idem, p. 354.

127. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Quarta Sessão da Vigésima Legislatura em 1889 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Francisco d'Assis Rosa e Silva. Rio de Janeiro, 1889, p. 5.

128. Boris Fausto, ob. cit., p. 128.

129. Idem, p. 128.

Tal quadro desalentador completa-se, ainda mais, com a análise da situação do júri.

4.2 Júri

Tampouco o júri gozava de boa reputação, chegando a ser chamado, sarcasticamente, de *boîte à surprise.*[130-131] Considerado como uma garantia da liberdade pública, o júri não teria demonstrado resultados benéficos: "A falta de pessoal habilitado em certas localidades e em outras a demasiada complacência da lista do júri têm atirado ao desânimo tão nobre instituição."[132] Indo ainda mais longe, um promotor declara: "Não creio na consciência nem no amor à justiça que presidem aos membros do denominado 'tribunal democrático' em suas decisões."[133] Outro declara: "As absolvições, as mais absurdas, as mais injustas são pronunciadas por este tribunal popular."[134]

Um promotor atribui o descrédito do júri à sua independência: "O erro, o vício, o escândalo, a prepotência e mais atributos flagelativos da independência do júri são causas que acarretam decisões que não se conformam com as leis."[135] Mais apropriadamente, outro esposa a tese de que o depauperamento da população interiorana seria responsável pela crise do júri, instituição vinculada ao nascimento da sociedade civil organizada anglo-saxã, fenômeno inexistente no Brasil de finais do século XIX: "O plenário, principalmente no interior, constitui verdadeira

130. Caixa de surpresas.

131. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 143.

132. VIANNA JÚNIOR, Manuel João de Segadas (Promotor, Cabo Frio). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 41.

133. José Pires Domingues Júnior, ob. cit., p. 18.

134. José Maximiano Gomes de Paiva, ob. cit., p. 64.

135. OLIVEIRA, Joaquim Rogério de (Promotor, São João Marcos). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 282.

fantasmagoria e é com profunda dor d'alma que vejo caírem, de envolta com as deliberações apressadas da sala secreta, as provas de um crime."[136]

José Thomaz Nabuco de Araújo, já em 1855, arremata: "A olhos vistos, esta instituição demedra em vez de prosperar; convém antes salvá-la, reformando-a, do que deixá-la morrer intacta, e tal como é instrumento de vinganças, do patronato e do proselitismo no interior do país, nesses lugarejos pelos quais está profusamente derramada."[137] Já não seriam as absolvições individuais que se deveriam deplorar, "senão o escândalo de absolvições em massa, o triunfo de todos ou quase todos os réus que comparecem à barra do Tribunal, como em o ano próximo passado aconteceu em alguns termos do Império."[138]

Corroborando José Thomaz Nabuco de Araújo, cerca de quarenta anos mais tarde, vemos que "as listas constituem um amontoado de nomes feito exclusivamente para satisfazer a exigência da lei; são, muitas vezes, calcadas sobre o alistamento eleitoral, fruto das vicissitudes da política."[139] Pouco cuidadosos na confecção das listas para qualificação de jurados, os juízes de paz incluíam indivíduos incapazes de exercer tal atribuição.[140] E seria a pobreza que limitaria o número de habitantes em condições de serem jurados: "Vemos cidadãos aptos para serem jurados, moralmente falando, mas sem recursos que possam satisfazer a multa, caso incorram nela, ao passo que existem indivíduos com rendimentos, mas sem noções algumas do que seja júri."[141] Quando interessados em absolver o

136. MELLO, Oscar Moncôrvo Bandeira de (Promotor, Santa Tereza). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 290.

137. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira Sessão da Nona Legislatura em 1855 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Thomaz Nabuco de Araújo. Rio de Janeiro, 1855, p. 12.

138. Idem, p. 12.

139. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 141.

140. José Luiz Cavalcanti de Mendonça, ob. cit., p. 13.

141. Idem, p. 13.

acusado, ignorando o meio de fazê-lo, "os jurados e vogais limitam-se a negar o crime, apesar da confissão do réu e das justificativas oferecidas pela defesa."[142]

Um promotor termina por atribuir o que ele chama de *decadência do júri* "à conta da falta de educação cívica por parte dos qualificados jurados, que, na maior parte, desconhecem a missão que lhes é confiada."[143] Outro conclui: "O vício do júri, como procurei salientar, não reside, pois, na sua natureza, mas no modo por que é desempenhada a nobre missão de julgar."[144] Tem razão outro ainda ao afirmar que "as leis, quando deixam de consultar as necessidades atuais ou vão-lhe de encontro, ficam totalmente condenadas à inexecução, continuem embora a figurar no corpo da legislação."[145] Só assim, consultando "as necessidades atuais", "a justiça será bem distribuída; será absolvido o inocente, mas condenado o culpado, seja este grande ou pequeno, rico ou pobre."[146]

4.3 Impunidade

Diante desse quadro desolador, um promotor profetiza, sempre em finais do século XIX: "De sorte que se pode dizer: no Estado do Rio de Janeiro, um dos mais adiantados da República, a criminalidade tende a desenvolver-se, porque aí encontra um poderoso elemento: a impunidade."[147] A principal causa da impunidade seria "a falta de policiamento, que é, justamente, uma das causas externas que influem no desenvolvimento da criminalidade."[148] Distritos populosos gozavam de pouco policiamento, ao contrário de outros menos populosos, porém mais privilegiados. Como sugestão, o promotor sugere que "haja melhor distribuição de destacamentos, e que a estes seja agregado número suficiente de praças."[149]

142. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 142.
143. José Maximiano Gomes de Paiva, ob. cit., p. 64.
144. Camões dos Santos Lima Thompson, ob. cit., p. 207.
145. Antônio José Fernandes Júnior, ob. cit., p. 357.
146. Idem, p. 359.
147. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 95.
148. Idem, p. 95.
149. Idem, p. 96.

Boris Fausto ressalta que "na medida em que a ação da polícia se revela impotente e as pessoas introjetam a ideologia dominante defensora implícita ou explícita dos esquadrões da morte e das penas capitais, outro comportamento se insinua."[150] A semelhante conclusão também chegara outro promotor: "Além de que a impunidade, contínua e crescente, daqueles sujeitos a processos criminais nesse lugar residentes, deve também poderosamente influir para que as questões suscitadas no labor de todos os dias venham a ser definitivamente resolvidas pelos meios arbitrários de que, sem temor, podem usar."[151]

Já se começava a esboçar até mesmo uma cumplicidade entre população carente e criminosos: "Neste processo, apesar de todos os tentâmens empregados, dentro da órbita legal, para apurar-se a criminalidade dos indiciados, teve a justiça de ver-se balda de recursos ante o rochedo de mutismo de parte de muitas testemunhas inquiridas, todas ignorantes, completamente, do sucedido, quando ele se tinha praticado em um lugar pequeno – Vila Nova –, onde as mais insignificantes notícias têm curso muito rápido, em um dia de carnaval e contra uma autoridade de policia!"[152] E mais: "Nada, entretanto, embora presuntivamente, tais testemunhas tivessem deixado de depor segundo a verdade dos fatos, nada se apurou, que pudesse levá-las à responsabilidade do seu modo inconsciente de responder às perguntas que lhes eram dirigidas."[153] Talvez isso não tivesse ocorrido, caso se dispusesse então de "uma medida protetora das testemunhas pobres."[154]

O mesmo quadro de impunidade e recurso à justiça privada já se desenhava, em 1846: "Horrível era por certo o espetáculo que apresentava então a província nos lugares percorridos por aqueles facínoras! Ninguém confiava da força pública; e cada um tratava de armar-se para defender-se dos golpes

150. Boris Fausto, ob. cit., pp. 160-161.

151. PINTO, Antônio Andrade (Promotor, Itaboraí). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos; apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 82.

152. Idem, p. 78.

153. Idem, p. 78.

154. Antônio José Fernandes Júnior, ob. cit., p. 355.

dos sicários, visto que a ação ordinária da justiça parecia insignificante para contê-los."[155] O Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária de 1834, analisa: "Outro inconveniente não pequeno resulta de não impor o Código Criminal à maior parte dos crimes outra pena que não seja prisão simples e prisão com trabalho."[156] Um promotor completa: "A pena, mesmo branda, é uma ameaça permanente, suscetível de conter a *voluntas sceleris*; a impunidade é, ao contrário, diz um ilustre magistrado, o pleno gozo do crime sem contrapeso algum, sem a mescla de qualquer sofrimento, é o desejo supremo, o triunfo completo do malfeitor."[157]

Em 1889, a monarquia despedia-se melancolicamente: "Particularmente, os delitos mais leves, que preparam aliás os grandes criminosos, ficam pela maior parte impunes, fora dos casos de flagrante ou de miserabilidade do ofendido."[158] Um dos fatores responsáveis pela impunidade era a falta de uma jurisdição adequada, de um juizado de instrução, para o conhecimento dos delitos,[159] cuja apuração parecia ser acompanhada de inquéritos mal feitos. Havia "dois processos de formação de culpa, um policial e outro judicial, sendo este em geral cópia do primeiro."[160]

155. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na 3ª Sessão da 6ª Legislatura em 1846 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Joaquim Fernandes Torres. Rio de Janeiro, 1846, p. 11.

156. Idem. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária em 1834 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho. Rio de Janeiro, 1834, p. 17.

157. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 103.

158. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Quarta Sessão da Vigésima Legislatura em 1889 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Francisco d'Assis Rosa e Silva. Rio de Janeiro, 1889, p. 5.

159. Idem, p. 6.

160. Idem, p. 6.

5. A situação das prisões no final do século XIX

Quanto às cadeias no final do século XIX, a situação, "no Estado do Rio de Janeiro, um dos mais adiantados da República",[161] era dramática, sem exceções de localidade para localidade, sempre a julgar pelos relatórios apresentados por promotores fluminenses.

Em Araruama, em virtude da "falta absoluta de higiene no estabelecimento, e pouca segurança deste, o governo do Estado decretou a verba de cinqüenta contos de réis para a construção de um edifício, a fim de instalar-se nele a cadeia e o quartel; entretanto, até hoje não se iniciaram as obras, cremos que por falta de arrematante."[162] Quanto a Barra Mansa, até mesmo epidemias assolavam os detentos: "A cadeia desta cidade acha-se em más condições de salubridade, convindo que sejam melhoradas, com a maior urgência, pois já existem seis detentos afetados de beribéri, e outros já se queixam de sintomas."[163]

Igualmente dramática era a situação da cadeia em Carmo: "Somente direi que é quase um subterrâneo, de onde exala um ar úmido e fétido; quanto às suas condições de solidez, são as piores possíveis, estando os presos ameaçados de ficarem soterrados com o desabamento do prédio em que funciona a Câmara Municipal, que fica por cima da cadeia, o qual está tão velho e carcomido que uma de suas janelas já desabou."[164] Já "nos desgraçados que são obrigados a permanecer neste lugar por mais de oito dias, nota-se a alteração de sua saúde, e o maceramento de seu rosto indica a umidade e a falta de ar puro do lugar em que têm permanecido."[165] Depois de dois meses e até menos, de permanência

161. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 95.

162. José Pires Domingues Júnior, ob. cit., pp. 19-20.

163. GUIMARÃES, Emílio Guedes Castrioto (Promotor, Barra Mansa). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 28.

164. José Maximiano Gomes de Paiva, ob. cit., p. 68.

165. Idem, p. 68.

nessa prisão, "não são poucos os homens sadios e fortes que daí têm saído beribéricos."[166]

Mais uma vez, a situação repete-se em Itaperuna: "É assim que indivíduos robustos quando para ali entram, em pouco tempo ficam esquálidos e cadavéricos, e quase todos são atacados impiedosamente ora pelo reumatismo, ora pelo impaludismo."[167] Ou em Macaé: "Continua a funcionar no mesmo prédio, de cujo estado deplorável já tendes conhecimento."[168] Em Nova Friburgo, relatou-se: "As prisões cada vez estão mais úmidas, e algumas em ruínas."[169] Também em Niterói, epidemias assolavam as cadeias: "Periodicamente, em prazo mais ou menos longo, manifesta-se nesse estabelecimento o beribéri, convindo estudar as causas desse mal a fim de serem remediadas."[170]

Como hoje em dia, provavelmente muitos presos permaneciam na prisão muito tempo depois de terem cumprido a pena fixada na sentença: "Existem na penitenciária e casa de detenção alguns sentenciados cuja pena não está calculada por falta das respectivas guias de sentença ou dos acórdãos e sentenças de conversão, empregando esta promotoria os devidos esforços para regularizar tal serviço, como consta de ofícios pedindo-vos providências que excedem a suas atribuições e competência."[171] Quanto às obras destinadas ao melhoramento da cadeia em Piraí, "por diversas vezes têm sido elas adiadas, transformando-se em obras de bandeirola, sempre prometidas, jamais executadas."[172] Pormenorizadas, as descrições sobre

166. Idem, p. 68.

167. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 115.

168. MELLO, Inácio Veríssimo de (Promotor, Macaé). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 120.

169. GUIMARÃES, Álvaro de Freitas (Promotor, Nova Friburgo). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 158.

170. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 147.

171. Idem, p. 148.

172. FREITAS JÚNIOR, Antônio José Ribeiro de (Promotor, Piraí). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 193.

a situação da cadeia em São Fidélis talvez valham para todo o "Estado do Rio de Janeiro, um dos mais adiantados da República",[173] quiçá para todo o Brasil de então: "Os assoalhos carcomidos, faltando tábuas; as paredes esburacadas; as grades das janelas, quebradas e com emendas mal colocadas; as grades, para o corredor, todas atacadas pelo cupim, pois são todas de madeira."[174]

Em São Fidélis, as cadeias dispunham de celas com um espaço reduzidíssimo: "Comumente acontece ficarem reunidos em um mesmo cubículo seis a oito presos. Durante o período do inquérito policial, do sumário até final julgamento, fica no mesmo cubículo número elevado de homens, respirando uma atmosfera viciadíssima, e sem a ventilação necessária e regular em face dos enormes defeitos de construção existentes em todo o prédio."[175] Não possuíam os presos um terreno em que pudessem, "durante o dia, em horas determinadas, respirar um ar puro e mesmo fazer exercício."[176] O serviço de asseio corporal era "feito pelo sistema o mais atrasado possível".[177] Apiedado, o promotor protesta: "Numa cidade onde as febres de mau caráter, principalmente a amarela, a biliosa, a perniciosa etc., atacam a população, encontrando vasta área para estender-se e dominar, o simples dever de humanidade repele, em absoluto, tal sistema."[178] Repetindo o que ocorrera em Piraí: "Segundo informações que me foram aqui ministradas, o governo já cogitou em tal melhoramento, chegando mesmo a ser feito o orçamento necessário. Alem do orçamento, nada mais foi feito!"[179]

Quanto a São Pedro da Aldeia, o edifício era "digno de lástima, não oferecendo a menor garantia de segurança, sendo de admirar que não se tenham

173. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 95.

174. REIS, Antônio Torres da Silva (Promotor, São Fidélis). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 239.

175. Idem, p. 239.

176. Idem, p. 240.

177. Idem, p. 239.

178. Idem, p. 239.

179. Idem, p. 240.

ainda feito nem começado os reparos e modificações no prédio, que por muitas vezes tenho solicitado em meus termos de visita."[180] Existia apenas "uma prisão, lutando as autoridades com inúmeras dificuldades para acondicionar presos de um e outro sexo."[181] Não menos grave "era a falta absoluta de cobertas e camas para os presos que dormem no chão frio, assim como a de um fornecedor de comidas."[182]

Desoladoras também eram as condições das cadeias em Sumidouro, que se prestavam a fugas de presos: "A cadeia desta vila, cujo edifício serve também de quartel ao destacamento policial, acha-se quase em ruínas. As prisões, que são dois quartos pequeníssimos, sendo um completamente arruinado e abandonado, e o outro também em péssimo estado, sem ar, sem luz, sem condição alguma higiênica ou de segurança, cujas paredes exteriores feitas de barro e madeira apodrecidas têm sido varias vezes arrombadas pelos presos com a intenção de se evadirem; e de fato, no correr deste ano, se evadiram os presos Eugênio Alves da Silva e José Lino de Andrade, forçando a porta da prisão, que também nenhuma segurança tem."[183] Além da falta de segurança, igualmente lastimável era "a falta de asseio nesta prisão que mede apenas 36 metros cúbicos, e onde se acham atualmente quatro homens respirando um ar insuficientíssimo e viciado, não pela aglomeração de tantos indivíduos em tão pequeno espaço, como também pela contínua emanação de imundícies ali acumuladas."[184]

As visitas quinzenais seja à penitenciária, casa de detenção ou cadeia, às quais os promotores fluminenses passaram a ser obrigados, "conforme determina a Lei 43A, art. 221 j)",[185] nem sempre eram bem vistas pelos próprios promotores. Por vezes, alguns promotores alegavam ser "impossível fazê-lo quinzenalmente, em

180. Manuel João de Segadas Vianna Júnior, ob. cit., p. 53.
181. Idem, pp. 53-54.
182. Idem, p. 54.
183. José Maximiano Gomes de Paiva, ob. cit., pp. 72-73.
184. Idem, p. 73.
185. Afrânio d'Albuquerque, ob. cit., p. 146.

vista dos múltiplos afazeres a que, diariamente, é preciso atender."[186] Outras vezes, parece que as condições das cadeias eram consideradas repugnantes em virtude de quem as visitava: "Além dos reparos acima mencionados, temos a acrescentar não só a ausência de leitos ou esteiras para os presos, como também a falta de uma mesa, cadeiras, enfim, objetos indispensáveis num estabelecimento em que as autoridades são obrigadas a visitar e lavrar termo de visita."[187]

Durante o Império, praticamente cinqüenta anos antes de os promotores fluminenses redigirem os relatórios sobre os quais se fundamentou a descrição acima, a situação não parece ter sido diferente: "Em geral, pode dizer-se que as cadeias não são o que deverão ser: falta-lhes uniformidade entre si e não estão de acordo com a nova legislação criminal."[188] Como já chega a ser previsível, edifícios "sem a indispensável capacidade, as cadeias são antes um elemento de desmoralização, que conservamos no seio da sociedade, do que casas de detenção, ou de cumprimento de pena, onde se deve estabelecer a severidade de costumes e fazer criar o espírito de trabalho e de ordem, a par do ódio ao vício, e ao crime."[189]

À semelhança do que ocorreu a partir da Constituição de 1988, na qual se fundamentaram exitosamente numerosas iniciativas destinadas a criar novos municípios, no Império muitas das povoações "antigamente erigidas em vilas não possuem, nem jamais possuirão cadeias."[190] Outra simetria com a atualidade, encontrada no Império, em 1833, diz respeito à conivência do que hoje chamaríamos de agentes penitenciários com planos de fuga de presos: "Se nesta Capital,

186. Idem, p. 146.

187. Manuel João de Segadas Vianna Júnior, ob. cit., p. 48.

188. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Primeira Sessão da Oitava Legislatura em 1850 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Euzébio de Queiroz Coitinho Mattozo Câmara. Rio de Janeiro, 1850, p. 45.

189. Idem, p. 45.

190. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa em 1833 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Honorário Hermeto Carneiro Leão. Rio de Janeiro, 1833, p. 26.

e em outras, onde existem cadeias, e algumas delas fortes, os arrombamentos, e fuga de presos, se têm dado tão freqüentes, era porque a arte tem aperfeiçoado os instrumentos de arrombamentos, ou porque em geral os carcereiros, e guardas, são negligentes."[191] Diante do estado precário das prisões justamente no começo do Império, apresentou-se a seguinte justificativa: "O Código supôs boas cadeias, e casas de correção, o que ainda não existe, nem se pode fazer com brevidade, sobretudo havendo uma enorme dívida externa, e interna, que o governo está empenhado em pagar por honra, e crédito da Nação."[192]

6. A culpa dos desvalidos

Boris Fausto ressalta uma maior ação repressiva da polícia com relação aos crimes contra a propriedade, de 1892 a 1896. Para ele, "a hipótese mais tentadora consiste em vincular a constatação a uma conjuntura social específica, caracterizada por intensos deslocamentos sociais ou espaciais de população – escravos postos em liberdade (por mais relativa que fosse) e imigrantes em busca de fortuna."[193]

Precisamente em 1896, um promotor sustenta: "A classe que quase exclusivamente contribui para o movimento do foro criminal é a dos libertos, impelidos, quase sempre, pela ação do álcool, a cujo vício se entregam completamente."[194] Outro sustenta: "Foi ainda da classe dos libertos que saiu o maior número de delinqüentes, e pode-se avaliar o grau de perversidade desses indivíduos pela futilidade dos motivos que os impeliram ao crime: questões de taverna em geral."[195] Para

191. Idem, p. 27.

192. BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária em 1834 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho. Rio de Janeiro, 1834, pp. 17-18.

193. Boris Fausto, ob. cit., p. 168

194. José Maximiano Gomes de Paiva, ob. cit., p. 61.

195. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 94.

completar, ele lamenta: "E um fato doloroso é que a maior parte desses celerados escapa, pela fuga, à justa vendeta social."[196]

Em Piraí, interior do Rio de Janeiro, vincula-se a violência à ignorância: "Outro tanto não direi da ignorância, tão influente nos atentados às pessoas; dos 4 denunciados por lesões corporais, vindos a juízo, 3 eram analfabetos."[197] Supostas feitiçarias muitas vezes serviam de argumento para a prática de crimes: "Foi, no Rio Claro, cometido um assassinato pelo preto Benigno, a isso levado, diziam as testemunhas, pela desconfiança de ter a vítima dado a morte a um filho por meio de filtros invisíveis, de feitiçarias."[198]

Geralmente, os crimes eram "praticados por indivíduos que, com a inteligência completamente mergulhada nas trevas da ignorância, sem instrução, portanto, e sem educação, trabalham durante a semana para, nos dias consagrados ao repouso, gastar o produto do rude labor quotidiano nas vendas que formigam nas estradas."[199] Nas tavernas, "entregam-se eles às libações do álcool que opera neles como reativo, fazendo explodir os seus maus instintos. Entram então a provocar desordens, cuja conseqüência é tornarem-se delinqüentes, sofrendo desta forma o castigo que a lei criou para aqueles que não sabem se conservar e se manter na esfera de seu direito."[200]

Para combater o crime, cometido por libertos, sustentava um promotor já em finais do século XIX: "Carece ser combatida a falta de instrução, criando-se escolas para adultos e, assim, evitar-se-á, em parte, a ociosidade."[201] Outro promotor, no mesmo sentido, argumenta: "A falta de ensino moral e religioso é muito sensível nesses indivíduos, aos quais nem a família nem a escola

196. Idem, p. 94.
197. Antônio José Ribeiro de Freitas Júnior, ob. cit., p. 190.
198. Idem, p. 190.
199. Camões dos Santos Lima Thompson, ob. cit., p. 202.
200. Idem, p. 202.
201. TAVARES, Arnaldo (Promotor, São João da Barra). Rio de Janeiro. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897, p. 257.

educam; é isso que os mantém em um estado ainda grosseiro, que, deixando sem cultura a inteligência e a sensibilidade, os inclina para os hábitos viciosos que os depravam e os predispõem para o crime."[202] Será que, hoje, parte dos meios de comunicação também não predispõe para o crime indivíduos que carecem de instrução?

Mas nem todos pensavam que a instrução seria uma estratégia correta de combate à criminalidade, no século XIX. Alguns advogavam uma solução final, com a eliminação dos grupos sociais supostamente responsáveis pela violência: "Na vasta colaboração de outros delitos cometidos nesta cidade, temos a registrar em primeiro lugar os furtos, tão numerosos que extingui-los seria o total desaparecimento de seus fatores – as quadrilhas de gatunos, os escravos de serviço doméstico e os quilombos, ainda existentes, apesar das novas e sucessivas diligências empreendidas por um dos mais enérgicos intendentes de polícia, o desembargador Francisco Alberto Teixeira de Aragão."[203] Também os ciganos seriam "bem conhecidos por seus continuados roubos e mortes nesta província (Rio de Janeiro) e limítrofes."[204]

Sem dúvida, se o desvalido de hoje "é um candidato ao crime, um praticante que está a desenvolver, de mãos dadas com a adversidade, os seus sentimentos já pervertidos",[205] que se pode dizer da infância abandonada?[206] Já em finais do século XIX, afirma-se que "a incúria dos altos poderes quanto à infância desvalida torna-a um gérmen da criminalidade."[207] Os estabelecimentos protetores da infância constituíam apenas uma ilusão.[208] Alerta-se: "Se hoje não se preparar

202. Arthur Pereira Valentim, ob. cit., p. 94.

203. ARAÚJO, Elysio de. *Estudo histórico sobre a polícia da Capital Federal de 1808 a 1831.* Primeira Parte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, pp. 125-128.

204. Idem, p. 132.

205. Aureliano d'Araújo Leal, ob. cit., p. 299.

206. Idem, pp. 287-308.

207. Idem, p. 287.

208. Idem, p. 287.

estes infelizes, se não lhes apontar o caminho do dever e da honra, o que será da sociedade amanhã, o que será da lei e da Justiça?"[209] E mais: "Por que esta negação em preparar o coração da criança de hoje e do homem de amanhã?"[210]

Talvez a resposta a essa pergunta esteja ligada ao estranhamento sentido por segmentos da elite brasileira com relação a boa parte de seu povo, um estranhamento mais que secular: "Os escravos, descendentes da raça africana, que ainda conservamos, hão por vezes tentado, e ainda tentam, já por deliberação própria, já por instigações de estranhos, quer em crises de conflitos internacionais, quer intestinas; é o vulcão que ameaça constantemente a sociedade, é a mina pronta a fazer explosão à menor centelha."[211]

7. Conclusão

Com o estudo do direito penal vigente no Império e na Primeira República, percebe-se a incapacidade do direito penal de alterar estruturas sociais, de modificar problemas sociais cujas origens estão em questões econômicas, que demandam soluções políticas. De pouco adiantou o Código Penal de 1830 ter tentado ignorar os crimes contra o patrimônio tendo por objeto escravos. Também de pouco parecem ter adiantado as iniciativas de penalistas, ao longo de todo o século XIX, procurando humanizar o sistema prisional brasileiro.

8. Bibliografia

ALMEIDA, Aluísio de. Vida cotidiana da Capitania de São Paulo (1722-1822); Excertos de uma obra completa. In: MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de, editor. *Vida cotidiana em São Paulo no século XIX.* Memórias, depoimentos, evocações. São Paulo: Imprensa Oficial, s.d.

209. Idem, p. 288.
210. Idem, p. 299.
211. Agostinho Marques Perdigão Malheiro, ob. cit., pp. 43-44.

ARAÚJO, Elysio de. *Estudo histórico sobre a polícia da Capital Federal de 1808 a 1831*. Primeira Parte. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BRASIL. Ministério dos Negócios da Justiça. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa em 1833 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Honorário Hermeto Carneiro Leão. Rio de Janeiro, 1833.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Sessão Ordinária em 1834 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho. Rio de Janeiro, 1834.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira Sessão da Sexta Legislatura em 1846 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Joaquim Fernandes Torres. Rio de Janeiro, 1846.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Primeira Sessão da Oitava Legislatura em 1850 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Euzébio de Queiroz Coitinho Mattozo Câmara. Rio de Janeiro, 1850.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Terceira Sessão da Nona Legislatura em 1855 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Thomaz Nabuco de Araújo. Rio de Janeiro, 1855.

_____. *Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça*, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Primeira Sessão da Décima Quarta Legislatura em 1869 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado José Martiniano de Alencar. Rio de Janeiro, 1869.

_____. Relatório da Repartição dos Negócios da Justiça, apresentado à Assembléia Geral Legislativa na Quarta Sessão da Vigésima Legislatura em 1889 pelo respectivo Ministro e Secretário de Estado Francisco d'Assis Rosa e Silva. Rio de Janeiro, 1889.

CASTRO, Francisco Viveiros de. *Sentenças e decisões em matéria criminal.* Rio de Janeiro: Cunha e Irmão, 1896.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano.* A criminalidade em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERNANDES, Isabel Alexandra. *Reis e rainhas de Portugal.* Lisboa: Texto Editora, 2001.

FORTES, Auto B. *Questões criminaes.* São Paulo: Casa Endrizzi, 1899.

LEAL, Aureliano d'Araújo. *Germens do crime.* Bahia: Livraria Guimarães, 1896.

MACHADO NETO, Zahidé. *Direito penal e estrutura social:* comentário sociológico ao Código criminal de 1830. São Paulo: Saraiva/Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil:* ensaio histórico-jurídico-social. Parte primeira. Direito sobre os escravos e libertos. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

PERDIGÃO, Carlos Frederico Marques. *Manual do Codigo Penal brazileiro.* Estudos syntheticos e praticos. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1882. t. II.

RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Relatórios dos Promotores Públicos, apresentados em 1896. *Gazeta de Petrópolis*, 1897.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VASCONCELLOS, J. M. P. de. *Codigo Criminal do Império do Brazil anotado.* Nova edição revista, anotada e aumentada com a legislação respectiva até o presente por Miguel Thomaz Pessoa. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1878.

A tentativa na autoria mediata

Rolf Dietrich Herzberg
Universidade de Bochum, Alemanha.

Sumário: Introdução – 1. Avaliação crítica da chamada solução conjunta (*Gesamlösung*): 1.1 Comparação com casos de autoria imediata; 1.2 Conseqüências inaceitáveis; 1.3 Sobre a mais nova jurisprudência do BGH – 2. Proposta de solução: 2.1 Discussão das soluções individuais; 2.1.1 Atuação sobre o instrumento; 2.1.2 Liberação do próprio âmbito de domínio; 2.1.3 A renúncia ao domínio como delito omissivo; 2.2 Distinção entre ação de tentativa e resultado de tentativa; 2.3 Quando ocorre o resultado da tentativa?: 2.3.1 Tentativa idônea e inidônea; 2.3.2 A liberação do próprio âmbito de domínio como o resultado da tentativa?; 2.3.3 O autor reconhece a meio caminho a inexistência do perigo de consumação – 3. Sobre a tentativa nos casos da *actio libera in causa* – 4. Retrospecto e síntese.

Resumo: Analisando o problema da punibilidade da tentativa em casos de autoria mediata, critica Herzberg as posições comumente defendidas e propõe que se diferencie, na tentativa, uma ação de tentativa de um resultado de tentativa.

Abstract: Analyzing the problem of attempted punibility in cases of mediate impleader, the author criticizes Herzberg due to his commonly defended positions and proposes a differentiation, in the attempt, an attempted action from an attempted outcome.

Palavras-chave: Tentativa – Autoria mediata – *Actio libera in causa* – Crime impossível.

Keywords: Attempt – Principals before the fact – *Actio libera in causa* – Impossible attempts.

Introdução[1]

Entre as incontáveis inovações e propostas de solução de problemas, com os quais Claus Roxin enriqueceu a nossa ciência, está a idéia de determinar o início da tentativa por meio de dois critérios alternativamente. Assim resume Roxin a sua teoria: "haverá ato preparatório, quando não existe qualquer perigo imediato e quando o autor ainda tem o acontecimento em suas mãos; teremos tentativa, porém, quando um dos dois critérios transmudar-se em seu oposto. Se já existe perigo imediato, mas o autor ainda tem o acontecimento em suas mãos, haverá, em regra, uma tentativa inacabada; se o autor liberou o curso causal de sua guarda, sem existir ainda perigo agudo, então teremos sempre uma tentativa acabada".[2] A novidade desta teoria foi o segundo aspecto. Que alguém, apesar de ter concluído todas as suas ações pessoais, possa ainda não ter alcançado a zona da punibilidade, contrariava a solução majoritariamente considerada evidente: tal era, por ex., o caso de uma mulher que queria matar o seu marido preparando-lhe uma sopa envenenada, e que a oferecia, como de hábito, para que ele mesmo se servisse.[3] Busch havia dito ser "indubitável" haver um "ato de execução"[4] – e com isso tentativa – se "não for necessária (...) qualquer outra atuação do autor para que o resultado ocorra".[5]

1. Original: *Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen*, publicado por Schünemann et alii. (Org.), *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin/New York, 2001, p. 749 e ss. Trad. Luís Greco.

2. ROXIN. *Festschrift für Maurach*, 1972, p. 213 e ss., p. 226. Exposição das mesas idéias em *JuS 1979*, p. 1, 9 e ff.; Leipziger Kommentar, 11. ed., 1993, § 25, nm. 152. – Os parágrafos mencionados neste artigo pertencem ao Código Penal alemão (StGB).

3. Exemplo de ROXIN. *JuS* 1979, p. 9 (caso 18). [N.T.: Este estudo de Roxin, repetidamente citado, foi traduzido para o português por Maria Fernanda Palma, no volume *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa, 1993, p. 295 e ss., sob o título Resolução do facto e começo da execução na tentativa].

4. Tal denominação se referia ao antigo § 43, segundo o qual deveria "ser punido por tentativa (...) quem atuar a decisão de praticar um crime ou delito, por meio de ações que representem um *início da execução* do crime ou delito (...)" [N.T.: o CP brasileiro também se vale do termo início da execução, cf. art. 14, II].

5. BUSCH. *Leipziger Kommentar*. 9. ed., 1970, § 43, nm. 33a.

Roxin, porém, tinha as suas dúvidas, e as superou, a seu ver, com a sua solução diferenciadora, cuja parte nova consistia, em vários casos, numa *"postergação"* do delito tentado. Quanto às aspas, vi que vocês suprimiram várias delas. Favor deixá-las nos casos que vou marcar, porque elas são citações ou das palavras da lei, ou de outros autores. No exemplo, fica isso visível se, enquanto a mulher age, o marido ainda se encontra no escritório. Para Roxin, não haverá tentativa *"eo ipso"*, automaticamente. *Antes* do surgimento de um perigo imediato, a autora realmente só entrará em fase de tentativa sob o pressuposto de que "ela libere de seu domínio o curso causal que, segundo o seu plano, deve levar ao resultado";[6] o que é ilustrado por Roxin por meio do exemplo de que a mulher saia de casa antes que o marido chegue, querendo voltar apenas horas depois, na expectativa de encontrar o marido então morto.[7]

Na literatura – a jurisprudência não se mostra clara – esta teoria encontrou boa acolhida.[8] Deve-se notar que as objeções, que vêm recentemente aumentando e se mostram bastante vivas, não almejam fazer a tentativa começar mais cedo, como propunha a teoria antiga. O que se quer é postergá-la ainda mais, o que Roxin considera correto. O que se deve pensar a respeito desta opinião contrária, que Roxin considera "diametralmente oposta"[9] à opinião antes dominante, e que hoje é defendida por cada vez mais autores?[10]

6. ROXIN. *JuS 1979*, p. 10.

7. Idem, ibidem, p. 9.

8. JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed., 1991, 21-105; JECHECK/WEIGEND. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 672 e ss.; GROPP. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, § 10 nm. 63-65; PUPPE. *JuS 1980*, p. 348 e ss.; SCHMIDHÄUSER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed. 1975, 15-57; STRENG. *ZStW 109* (1997), p. 862 e ss. (p. 886); Idem, *Gedächtnisschrift für Zipf*, 1999, p. 330 e 335 (excluindo os *casos análogos à instigação*, para os quais ele adota a solução conjunta); WESSELS/BEULKE. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 30. ed., 2000, nm. 613.

9. ROXIN. *JuS 1979*, p. 10.

10. O desaparecimento de algo que há séculos se tinha como seguro torna oportuno o esclarecimento de que quando eu me valer do masculino para falar de autores, leitores ou homens de trás, também me refiro a mulheres.

1. Avaliação crítica da chamada solução conjunta (*Gesamlösung*)[11]

Talvez se possa dizer que, à primeira vista, ela até convence. Soa plausível que o problema de início imediato da realização do tipo, se deva considerar decisiva a atuação daquela pessoa que o autor mediato utiliza para o seu objetivo; as ações deste instrumento deveriam, portanto, ser imputadas ao autor imediato como próprias.[12] Ao representar-se a realização do tipo através da atuação de um terceiro, o autor mediato representa também naturalmente o início imediato da realização do tipo através da atuação do instrumento. Em razão disso, considerar decisivo que o instrumento já esteja imediatamente antes do momento de praticar o fato, cuja perfeita execução significará a realização do tipo pelo homem de trás, parece corresponder plenamente ao que dispõe o § 22.[13] Tal solução parece

11. [N.T.: A chamada *solução conjunta*, que Herzberg dá por conhecida e explica apenas sumariamente, considera que a tentativa na autoria imediata tem de começar ao mesmo tempo para o homem de trás e o instrumento. Ou seja, o homem de trás só será punível quando, de fato, o instrumento entrar em fase de tentativa (cf. as referências em ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. 2, 2003, § 29 nm. 228). Por vezes, falará Herzberg também numa certa *solução individual* (Einzellösung), que é comumente contraposta à solução conjunta. Para ela, a tentativa do autor mediato não tem de começar ao mesmo tempo que a do instrumento, e sim em momento diverso, havendo várias modalidades, que serão discutidas e criticadas pelo autor no curso do texto].

12. Defendendo esta *solução conjunta* por ex. LACKNER/KÜHL. *StGB*. 23. ed., 1999, § 22 nm. 9 (com numerosas outras referências); também KÜHL. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1997, 20-91 e *JuS 1983*, p. 180, 181 e ss.; cf. ademais KADEL. *GA 1983*, p. 299, 307 e ss.; KÖHLER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 541; KRACK. *ZStW 110* (1998), p. 611, 625 e ss.; Idem, *JuS 1999*, p. 832; KÜPER. *JZ 1983*, p. 361, 369; MAURACH/ GÖSSEL/ZIPF. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. 2 7. ed., 1989, § 48 nm. 112 e ss.; RATH. *JuS 1999*, p. 140 e ss.; STRATENWERTH. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. ed., 2000, p. 329 e ss. (com restrições); VOGLER. *Leipziger Kommentar*, 10. ed., 1985, § 22, nm. 101; STRENG. *Gedächtnisschrift für Zipf*, 1999, p. 335, restringe sua adesão a "casos análogos à instigação", isto é, certamente a situações em que o instrumento atua com dolo.

13. [N.T.: Trata-se do dispositivo legal em que o StGB declara punível a tentativa. Como a todo momento se retornará a ele, eis o seu teor: "§ 22. Tenta um delito aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato á realização do tipo". A tradução do dispositivo é especialmente difícil, daí porque consigo o original: "§ 22. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt."]

especialmente correta, quando o próprio instrumento – tudo correndo conforme o plano – comete, antes da consumação, *o fato antijurídico da tentativa*: o pai P dá à sua filha de dez anos F uma faca, para que ela corte os pneus da bicicleta de um coleguinha e com isso se vingue de um ilícito praticado. Parece incompatível admitir a tentativa de crime de dano (§§ 303, 22) para P, que, na forma do § 25 I 2, talvez "cometa através de outrem"[14] o dano tentado e consumado, se esta outra pessoa sequer chega a realizar a tentativa, por ex., pelo fato de lhe faltar a coragem, mas ainda assim sai com a faca para dar uma impressão contrária.

Parecem ainda mais convincentes os exemplos de autores mediatos que planejam a execução através de um instrumento para um futuro remoto, descobrindo bem cedo que o plano não terá sucesso. Por exemplo, no caso proposto por *Rath*, em que A seqüestra os filhos de B e ameaça matá-los, caso B não pratique um atentado contra o político C. Para convencer, enfeita Rath o seu caso com a circunstância de que, "os filhos de B são libertados semanas antes do atentado, quando B ainda está montando a bomba de que se valeria". Deve A realmente ser punido por tentativa de homicídio qualificado, apesar de que, também segundo a sua representação, inexistia qualquer perigo imediato para C?

Mas pensemos um pouco mais detidamente! Abstraindo de como deve ser resolvido o último problema (cf. abaixo, 2.3.2), no caso do pneu da bicicleta, surgem algumas dúvidas. P pensava, ao agir, que F iria logo cortar os pneus, e algum tempo depois, ele talvez pense que F já o fez. O fato de que F na verdade nada fez pode salvar P da autoria do delito consumado. Mas pode esta falha inesperada do instrumento também bloquear a punição pela tentativa? Talvez seja justamente essa a ironia da autoria mediata: o fato de que a valoração jurídica da ação do instrumento seja irrelevante para o homem de trás. Nisto difere a autoria mediata da

14. [N.T.: Herzberg cita, aqui, palavras de um dispositivo legal, que define a autoria direta e mediata e a co-autoria. "§ 25. Autoria. (1) É punido como autor aquele comete o fato por si próprio ou através de outrem. (2) Se mais de uma pessoa comete o fato em comum, cada qual é punido como autor (co-autor)"].

instigação, na qual é decisivo para o instigador que aquilo a que ele determina o terceira seja "um fato antijurídico cometido dolosamente" (§ 26).

1.1 Comparação com casos de autoria imediata

Esta consideração "não-acessória" do autor mediato já é indicada pelo fato de que o terceiro seja habitualmente chamado de *instrumento* (Werkzeug). Uma vez que se considere o homem de trás como um autor mediato, não interessa, de sua perspectiva, que o instrumento por ele utilizado seja um ser humano e que este talvez tenha praticado, com a sua própria execução, um ilícito penal, por ex., a tentativa. Pode-se excluir mentalmente a qualidade humana do instrumento e substituí-lo por algo de funcionamento (ou não-funcionamento) correspondente, como um animal, uma pistola, ou um explosivo, sem que haja uma diferença para o homem de trás. Afinal, se, com a finalidade de provocar uma lesão por uma mordida, alguém se vale de seu filho ou de seu cão, ou se, com a finalidade de devastar uma loja, alguém envia uma pessoa coagida por ameaça de morte ou instala uma bomba-relógio, pouco importa; a única diferença é que nos referimos por vezes à primeira, por vezes à segunda alternativa do § 25 I para caracterizar mais detalhadamente a autoria daquele que se vale de instrumento; algo, a rigor, despiciendo, porque tanto faz se eu digo, por ex., que quem mata a sua vítima entregando-lhe uma bebida envenenada comete o homicídio qualificado "por si próprio" ou o comete fazendo da vítima seu instrumento, ou seja, "por meio de outrem".[15]

A prova de fogo, à qual deveriam submeter-se Kühl, Rath e os vários outros defensores da chamada solução conjunta, é a comparação com casos correspondentes da autoria direta ou *imediata*. Para permanecermos no último exemplo: A planeja para uma da manhã a destruição da loja, porque o seu instrumento nas duas

15. Porque aquele que *comete o fato através de outrem*, também o comete, obviamente, *por si próprio*. A segunda alternativa do § 25 I tem função apenas esclarecedora (cf. HARDTUNG. *NZV 1997*, p. 97-103).

hipóteses assim está programado, ou seja, o *coagido*, por meio de exatas instruções, e a *bomba*, pelo cronômetro. Quem espera até o momento em que o coagido dê início imediato à criação de um perigo agudo para admitir a tentativa de dano, tem igualmente de esperar até que a bomba esteja a ponto de explodir. E quem for dessa opinião tem, ademais, de negar qualquer tentativa, se o instrumento não chega a este ponto, p. ex., porque o coagido apenas finge ter decidido destruir a loja ou desiste de fazê-lo, ou porque a bomba não continha qualquer substância explosiva.[16] Ainda que já se encontrem dentro da loja, não criam nenhum dos dois qualquer perigo de realização do tipo, não dão início a esta realização.

Não consigo ver, em lugar algum, um partidário da solução conjunta discutir cuidadosamente esta objeção um tanto evidente.[17] Krack até me concede a necessidade de "tratar igualitariamente os casos de instrumentos não-vivos", e quer admitir a tentativa daquele que coloca a bomba apenas "no momento imediatamente anterior à explosão da bomba".[18] Mas ele contorna o caso que a sua teoria tinha de resolver para não ser refutada, isto é, o caso em que *sequer exista* tal momento, porque a "explosão da bomba" *nem esteja para ocorrer*, vez que esta é tão inofensiva quanto uma caixa de sapatos. Até que um de meus adversários manifeste expressamente o contrário, creio poder considerar que todos admitiriam a tentativa, no caso de o autor ter colocado a bomba supostamente explosiva e, à uma hora, suponha erroneamente que a loja agora esteja devastada.

A fundamentação de Rath demonstra, igualmente, que a referência ao início imediato do instrumento humano leva a contradições palpáveis. Afinal, se

16. [N.T.: O leitor observe que o direito alemão, diversamente do nosso, pune a tentativa inidônea. Isso pode provocar, a meu ver, que algumas das soluções a que chega Herzberg neste trabalho não possam pretender validade face ao nosso direito positivo. Para o dispositivo em que está consagrada a punição da tentativa, e também da inidônea, cf. as nota de rodapé 13 e 28 (N.T.)].

17. ROXIN. *JuS 1979*, p. 10, tenta contorná-la por meio dos exemplos em que a bomba é encontrada antes da ocorrência do perigo agudo e em que a carta de extorsão é interceptada pela polícia antes de chegar ao destinatário.

18. KRACK. *ZStW 110*, cit., p. 632 e ss. (em resposta a HERZBERG. *JuS 1985*, p. 1, 3 e ss.).

se recorre, como faz Rath, à ausência de uma coação "a que se pratique uma ação de defesa referida especificamente ao tipo", este fundamento deverá ser decisivo também em outros casos. Mas diante de uma bomba que carece de explosivo, a comerciante tampouco precisa de uma ação de defesa. O marido não precisa defender-se, se a sua esposa lhe aponta, com propósito de matar, uma pistola não carregada. A conseqüência da fundamentação de Rath é, praticamente, negar o fenômeno da tentativa inidônea: não haverá tentativa de homicídio (§§ 212, 22), apesar de a mulher supor realizar um disparo mortífero.[19]

1.2 Conseqüências inaceitáveis

Mas mesmo sem a comparação com os casos de autoria direta, o fato de que a teoria em questão gere soluções inaceitáveis não passa desapercebido a um olhar crítico. Imaginemos que o sobrinho S visite a sua tia T, da qual será um dia herdeiro, e troque secretamente a pílula que ela tem de tomar no dia seguinte, segundo prescrição médica, por um tablete de veneno bem similar. Quando S outro dia volta, tem ele a decepção de encontrar a tia alegre e incólume, porque ela se esqueceu de tomar o remédio. Este seria um caso de um homicídio planejado em autoria mediata. Mas como T não deu início à ingestão do veneno, meus adversários teriam de negar a tentativa de homicídio (qualificado) de S.

Krack até assume, em parte, estes resultados da solução global, uma vez que ele responde à pergunta abstrata "deve o início imediato ocorrer de fato, ou apenas segundo a representação do autor?" claramente da seguinte maneira: deve-se exigir que o instrumento realize "verdadeiramente uma ação de execução", pois

19. Segundo Rath, tal deve de fato "valer ao menos para os casos em que a vítima reconhece de pronto e sem maiores problemas a inidoneidade" ou quando "o portador do bem jurídico não mais existir", como no tiro contra alguém que já faleceu (*JuS 1998*, p. 1.112). Tal é incompatível com a lei. Rath sequer se refere ao § 22, mas declara que em tais casos "inexiste qualquer destruição tipicamente especificada e exteriormente eficaz da relação jurídica" e que, portanto, "não seria necessária qualquer ação de defesa". Nisso tudo enxergo eu apenas o fato de que nada de ruim objetivamente aconteceu, parafraseado de modo arrogante, e não compreendo como se pode a partir de tal descrição ignorar a lei e deduzir uma solução.

a dispensa a este requisito "seria incompatível com o sentido literal unívoco do § 22". A lei exigiria "não um início da execução do fato *na* (in der) representação do autor, e sim *segundo a* (nach der) representação do autor". A posição contrária ignoraria "o elemento objetivo da fórmula do § 22".[20] Isso significa que, para Krack, no caso da granada de mão,[21] a tentativa de homicídio depende do fato de que a vítima se aproxime do carro ainda perigoso, no intuito de dirigí-lo. E ele nega expressamente este crime, na hipótese de que uma colisão não prevista pelo autor detone a explosão, provocando a morte do motorista do carro que colidiu.[22]

Mas nada disso convence. Em primeiro lugar: Krack mal pode remeter-se ao sentido literal da lei. Se o cego D, após abrir com más intenções a porta do canil, acredita que seu cão está correndo para cima de crianças para mordê-las, pode-se, sem dúvida, dizer: o cão, que *na verdade* está correndo para brincar com outro cão, *segundo a representação de D* dá início ao ato de morder. Tal caso de autoria imediata seria subsumido por Krack sem hesitação ao § 22, ou seja, ele consideraria que D, segundo sua representação, dá início imediato à realização do tipo por meio de um instrumento animal. Como é possível, então, que o sentido literal deste dispositivo exclua que o autor imagine realizar o tipo por meio de um instrumento *humano*? Analise-se a fundamentação fornecida por Krack em seu exemplo da colisão de automóveis: a morte do motorista que colide seria punível "evidentemente apenas como homicídio culposo", não podendo ser considerada um homicídio tentado, "uma vez que o acontecimento objetivo sofreu tamanha modificação que já não pode ser considerado a realização do que se representou o autor".[23] Tal é correto, mas obviamente não é argumento para negar a tentativa! Afinal, a pergunta é se, além do homicídio culposo cometido contra *uma primeira* pessoa, pode-se ou não admitir uma tentativa de homicídio em relação a uma *outra* pessoa, por terem os autores pensado

20. KRACK. *ZStW 110*, cit., p. 637 e ss.

21. BGH *NStZ 1998*, p. 249 (comentada por mim em *JuS 1999*, p. 224): A e B montam, durante à noite, uma granada num caminhão, esperando que o proprietário na manhã seguinte provoque uma explosão ao dar a partida, vindo a falecer.

22. KRACK. *JuS 1999*, p. 832.

23. Idem, ibidem, p. 832.

que os proprietários do caminhão dariam a partida e morreriam em torno das oito horas. Variações do caso só afastam a atenção desta pergunta decisiva. O adepto da solução global tem de ter coragem para realmente estar disposto a negar a tentativa de homicídio no caso de o autor esperar que a sua vítima caísse na armadilha fatal, depois tendo notícia de que esta sequer esteve a ponto de o fazer.

Krack crê poder fundamentar esta disposição – nele ao menos insinuada – por meio de uma comparação com a autoria direta: "mesmo que o autor se tivesse valido de um instrumento, mas ficasse de tocaia pessoalmente à espera da vítima, o momento crítico para a vida da vítima, segundo o plano do autor, surgiria apenas quando ela se aproximasse".[24] Mas esta identificação não é justificada. Dificilmente é defensável valorar a espera inútil já como um início imediato da realização do tipo, pois o autor ainda vê etapas intermediárias essenciais a serem por ele praticadas antes que o tipo se realize: mirar e atirar. No meu exemplo do veneno, a situação é bem diversa: aqui o autor imagina que nada mais tem de fazer após colocar o tablete de veneno. Curiosamente sequer se leva em conta que, se em tal caso há indiscutidamente tentativa (T pega o tablete de veneno, percebe alguma diferença e o joga fora), a tentativa é então um delito de *ação*.[25] Por isso estamos até mesmo *obrigados* a ver a ação de tentativa de S em sua troca de tabletes: o que ele depois realiza em relação à morte de T são apenas omissões. A objeção segundo a qual seria imputado a S o início ativo de T seria fora de lugar. Isso pode ser dito também do pai, que não impede que sua criança destrua coisas. E está ainda assim claro que ele apenas comete um delito omissivo.

1.3 Sobre a mais nova jurisprudência do BGH

Igualmente insustentável é a versão atenuada da solução conjunta, que a 1ª Turma do BGH defendeu em duas decisões de 1997.[26] Segundo esta teoria,

24. Idem, ibidem, p. 832.

25. Sobre a opinião discrepante de Murmann, cf. abaixo 2.1.3.

26. *BGHSt 43*, p. 117 e ss. (= *NStZ 1998*, p. 241 e ss., com comentário de Otto; *JZ 1998*, p. 211 e ss., com comentário de Roxin); BGH. *NStZ 1998*, 249.

deve-se distinguir: "se o autor tem como certo que a vítima (...) realizará o comportamento planejado necessário para o resultado, já estará configurado perigo imediato, segundo o plano do autor, com o término de sua ação. (...) Se o autor apenas crê possível (...) que a vítima apareça na zona de ação do meio empregado para realizar o fato, sem contudo disso ter certeza (...), ocorrerá uma ameaça imediata ao bem jurídico segundo o plano do autor apenas se a vítima (...) estiver a ponto de praticar a ação autolesiva esperada, de modo que o perigo para ela se torne agudo"; somente então "tem início a tentativa".[27] Esta jurisprudência resulta de um esforço compreensível, no sentido de não punir por tentativa de homicídio (qualificado) quando o autor cria, conscientemente, para um número indeterminado de pessoas um perigo realmente intolerável, mas ainda bastante remoto, que de fato não se realiza ou se torna agudo para pessoa alguma. Característico é o exemplo construído pelo BGH: "largar uma garrafa de bebida cheia de veneno numa floresta". Mas o desconforto por uma eventual punição de tal caso a título de tentativa de homicídio qualificado pode, de *lege lata*, no máximo ser evitado através de uma aplicação analógica do § 23 Abs. 3.[28] É manifestamente enganador valer-se aqui da solução conjunta. Parece mesmo arbitrário, tornar decisivo para a punição da tentativa a circunstância de ter o autor representado o resultado como certo ou apenas como possível. Se o autor deixa na casa de seu inimigo, um ex-alcóolatra, uma garrafa de bebida, e apesar da boa expectativa de sucesso, sabe ele que a vítima bem pode jogar a garrafa fora sem qualquer hesitação, não se pode excluir a punição apenas por causa desta consciência. "Nem mesmo os próprios autores", pensa Roxin, "compreenderão em tais casos que eles devem permanecer impunes, apenas por terem duvidado do sucesso de sua tentativa de homicídio".[29]

27. *BGHSt 43*, p. 117 e ss. (p. 181).

28. [N.T.: O mencionado dispositivo faculta ao juiz diminuir a pena ou deixar de aplicá-la nos casos de tentativa inidônea oriunda de *erro grosseiro* (grober Unverstand) do autor].

29. ROXIN. *JZ 1998*, p. 212 e ss.; OTTO. *NStZ 1998*, p. 243 e ss., elogia, por sua vez, a decisão, qualificando-a de "cuidadosamente fundamentada, esclarecedora e pioneira", ao que parece não

2. Proposta de solução

Do exposto, não se pode reconhecer a solução conjunta como a teoria correta nesta controvérsia de opiniões. Mas deve-se, penso eu, nela reconhecer um núcleo justificado, a saber, o esforço de vincular a admissão da tentativa também nos casos de autoria mediata ao critério do *perigo imediato*. Tentarei demonstrar através de um caso por que esta idéia é correta e por meio de qual teoria se pode levá-la em conta sem contradições ou conseqüências inaceitáveis. A garota de doze anos G, cujos pais são separados, vive com a mãe M e passa o fim de semana com o pai P. G conta a este no sábado que a sua amiga aproveitou-se da má vigilância do Kaufhof[30] para furtar um perfume. P promete a G dinheiro, caso ela lhe furte na segunda feira a loção de barbear da Joop. G, após hesitação inicial, declara-se seriamente disposta a tanto. Depois disso, continuam pai e filha a conversar sobre outras coisas. Ao se despedirem um do outro no domingo à noite, nem G, nem P voltam a falar no assunto.

2.1 Discussão das soluções individuais[31]

2.1.1 Atuação sobre o instrumento

"Como a contribuição do homem de trás nada mais é do que o seu atuar sobre o instrumento, deve-se admitir a tentativa do autor mediato já quando ele realiza esta atuação ou tenta fazê-lo (...) Não pode haver tratamento diverso do da tentativa de instigação (§ 30 I), uma vez que autoria mediata e instigação são

enxergando as insuportáveis conseqüências da distinção de que ela parte. Elas se mostram também nos casos de dolo eventual. BGH *NStZ 1998*, p. 249 e ss., nega qualquer ulterior tentativa de homicídio, sob o fundamento de que a expectativa do autor de obter com segurança o resultado se limitaria a uma pessoa, o motorista. Mas e se o autor tiver *assumido o risco* da morte da mulher, que freqüentemente acompanhava a vítima no carro? O BGH, entendido literalmente, admite o segundo homicídio tentado se a expectativa do autor for de cem por cento, mas já o nega se de apenas oitenta.

30. [N.T.: Trata-se de uma loja de departamentos alemã, estilo Mappin].

31. [N.T.: Sobre o significado do termo *solução individual*, cf. a minha nota 11].

idênticos ao menos no que atine à existência de alguém que provoca aquele que age diretamente".[32] Assim sustenta *Weber* uma solução lacônica e clara, que muitos ainda crêem *teoricamente* correta. Não creio, entretanto, que alguém a defenderia e a aplicaria também *na prática*. Pensemos que G, assustada, recuse de pronto a oferta de P. Nenhum promotor de justiça, mesmo que se tratasse de um objeto de maior valor, sequer imaginaria mover uma ação penal contra P, considerando a sua tentativa de provocar G uma tentativa de furto. Entende-se por evidente que uma ação temporal e espacialmente tão distante da planejada subtração *não* baste para configurar tentativa de furto (§§ 242, 22). E naturalmente esta evidência pode ser ainda aumentada. Por exemplo, pense-se no caso da mãe que no início de março convence seu filho de doze anos, o qual irá passar as férias de inverno com a avó, que "guarde consigo" parte do dinheiro que a avó tem escondido em casa. A mãe sabe que o ato de subtração do filho se encontra meses no futuro e sequer liberou o instrumento da subtração, mantendo-o, bem pelo contrário, todo o tempo sob controle; deve-se realmente considerar a sua "atuação sobre o instrumento" uma tentativa punível de furtar dinheiro?

Para se responder afirmativamente a esta pergunta há o argumento com base no § 30 I[33] – ao qual recorre *Weber*. Afinal, está-se de acordo que o comportamento da mãe, se dirigido à prática de um *crime* (ela provoca a criança a, caso necessário, empregar também de violência contra a avó), seria uma tentativa punível de instigação segundo o mencionado dispositivo. Não quero negar que,

32. BAUMANN/WEBER/MITSCH. *Strafrecht Allgeminer Teil*, 10. ed., 1995, § 29, nm. 155; no mesmo sentido, BAUMANN. *JuS 1963*, p. 85 e ss. (p. 92 e ss.); BOCKELMANN. *JZ 1954*, p. 468 e ss. (p. 473); MEYER. *ZStW 87* (1975), p. 598 e ss. (p. 609); SCHILLING. *Der Versuch des Täters und des mittelbaren Täters*, 1975, p. 104; TRÖNDLE/FISCHER. *Strafgesetzbuch*. 49. ed., § 22 nm. 19. Minhas primeiras reflexões com este problema também me levaram a este ponto de vista, cf. HERZBERG. *MDR 1973*, p. 89.

33. Este dispositivo considera punível (se bem que com pena atenuada) a conduta daquele que "tenta determinar alguém ou instigá-lo a cometer um crime". O dispositivo se aplica apenas a *crimes* (Verbrechen), e não a meros *delitos* (Vergehen), isto é, aqueles fatos ilícitos puníveis com pena privativa de liberdade inferior a um ano ou apenas com multa (§ 12 II), nos quais permanece impune a tentativa de instigação ou de determinação de que outro cometa o crime.

tomando por base esta suposição – se correta ou errônea, ficará aqui em aberto – há perigo de contradições valorativas. Mas por mais que seja importante evitá-las, o preço a pagar não pode ser demasiado alto. E fica evidente que tal seria o caso, se analisarmos *criticamente* o dispositivo que *Weber* toma como modelo: o legislador decidiu-se, através do § 30, a proibir determinados casos mesmo da mais precoce *preparação através de comunicação*, quando se trata de perigo de crime. Não pode ser correto que se tome como ponto fixo esta decisão de caráter excepcional, restrita aos crimes, ou seja, a rigor contrária ao sistema e, portanto, questionável, para com base nela desenrolar a dogmática da tentativa e etiquetar já a atuação sobre o instrumento bem anterior à comissão do delito de tentativa punível. Até porque igualar a tentativa de instigação à autoria *mediata* não seria suficiente! Quem procura contradições valorativas em relação ao § 30 I, as encontrará também quando comparar instigação e autoria *direta*.

Haveria apenas ato preparatório impunível na conduta daquele que, por ex., num campo de treinamento condiciona seu cão de briga para que, ao comando, lesione severamente uma pessoa; mas já estaria cometendo um delito aquele que *afiasse* com o mesmo objetivo um jovem lutador (§§ 226, 30 I). Ou também: ajudar a esposa a ensaiar o depoimento falso e com isso a preparar o perjúrio pode ser punível segundo os §§ 154, 30 I. Mas treinar a própria pessoa com esta finalidade seria indubitavelmente impunível, por se tratar de preparação da própria promessa falsa. Por isso é que tampouco *Roxin* me convence neste ponto. Apesar de, nesta discussão, ser ele um opositor de *Weber*, fundamenta ele a sua teoria também, como Weber, no § 30 I StGB, aludindo a uma "insuportável contradição valorativa (...) se na instigação (§ 30 I StGB) a tentativa começa com a provocação do autor principal, e estará acabada o mais tardar com a decisão deste de praticar o fato, de modo que basta dar início a um curso causal não mais dominável pelo instigador para que seja este punível, então não poderá ser outro o tratamento da tentativa do autor mediato".[34] Mas também quando se admite aqui uma contradição valorativa,

34. ROXIN. *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 316.

está ela fundada na lei, sendo a teoria de Roxin tão incapaz como qualquer outra de superar esta contradição. Afinal, o seu critério da "liberação do próprio âmbito de domínio" não está de maneira alguma vinculado ao § 30 I. Pode configurar-se esta tentativa, apesar de o instigador ter o acontecimento ainda totalmente em suas mãos; por ex., se o homicídio através de veneno que se combinou já está aceito, mas a mandante ainda nada pagou ao futuro executor e ainda não lhe entregou o veneno. Segundo a opinião geral, esta mandante já seria punível, apesar de ela ainda não o ser, caso evitasse assumir o papel da instigadora, por ex. – para escapar do fato *doloso*, exigido em lei[35] – fazendo que o executor acreditasse que ele apenas ministraria secretamente à pessoa mencionada um remédio amargo.

Ponderando-se tudo acertadamente, conclui-se que a teoria da atuação sobre o instrumento não merece acolhida. E tampouco o § 30 I lhe fornece um argumento decisivo. Roxin se lhe opôs acertadamente e mostrou o caminho em que se deve procurar o ponto de vista correto entre as posições extremas da teoria da atuação sobre o instrumento e da solução conjunta. Isto significa, em abstrato: deve-se reconhecer a possibilidade de que aquele que age no sentido de um crime planejando a atuação de um terceiro seja punível por tentativa não já com o início ou término de sua própria atuação (por ex., a preparação do veneno ou a atuação sobre o instrumento), e sim antes e independentemente do comportamento do instrumento, que provoque um perigo agudo.

2.1.2 Liberação do próprio âmbito de domínio

Outra pergunta é se Roxin e seus adeptos, partindo destas considerações corretas, também chegaram a uma solução correta. Afinal, para esta teoria da liberação, nos casos em que a liberação do âmbito de domínio é o critério decisivo para a tentativa, o comportamento anterior a esta liberação não passa de *preparação*

35. [N.T.: A lei alemã exige, para que haja participação punível, que o fato principal seja doloso (cf. §§ 27 e 27 StGB].

irrelevante, pois a tentativa punível é iniciada e cometida por meio da *liberação*. Face a todos os possíveis graus de domínio, será por vezes, de certo, difícil chegar a um acordo a respeito se e quando o domínio do acontecimento chegou a seu fim. Mas abstrairemos desta dificuldade, admitindo em nosso exemplo que a referida liberação ocorre na tardinha do domingo, em que a garota G se despede do pai P e retorna para a casa da mãe. Apesar de ter-me esforçado, não consigo superar uma objeção no que se refere a tal caso. P deve ser afinal punido em razão de uma tentativa de furto ativamente cometida, isto é, em razão de um delito doloso. Se se considerar este delito cometido apenas quando o instrumento for liberado e a atuação sobre G for tida como mera *preparação*, ainda não compreendida pelo § 22, a liberação também terá de preencher os pressupostos deste dispositivo. É claro que isso é possível: na despedida, P lembra G da promessa por ela feita e a libera reiterando o pedido. Mas é igualmente pensável que P, quando G vai embora, sequer pense na conversa do dia anterior. De que maneira pode ele preencher os requisitos do § 22, se ele não age com a "representação" da futura "realização do tipo"?

Roxin admite indiretamente a força desta objeção, pois ele mesmo a dirige contra aqueles que, em casos questionáveis, "querem deixar a tentativa começar apenas (...) com o perigo imediato para a vítima". Ele observa que, a partir desta perspectiva, o autor pode entrar em fase de tentativa sem o perceber. "E isso não é possível, porque a tentativa pressupõe um dolo dirigido à provocação do resultado, que tem de estar presente no momento que se entre na fase do crime tentado".[36] É verdade que a crítica atinge mais fortemente os adeptos da solução conjunta. Afinal, quando o autor libera algo de seu domínio, ele pensará frequentemente, talvez quase sempre, no resultado (por ex., ao postar a carta extorsiva), enquanto tais representações normalmente não se apresentarão quando o instrumento, bem distante, faz o perigo tornar-se agudo (por ex., quando o carteiro entrega a carta extorsiva). Mas também no primeiro momento a situação pode ser diversa. O sujeito

36. ROXIN. *JuS 1979*, p. 10.

que, como o autor em *RGSt 66*, p. 141 e ss., monta uma armadilha incendiária em sua casa, a qual deve ser ativada ao se apertar o botão da luz, e dias depois é internado num hospital, pode estar tão ocupado com o medo de sua doença, que ao sair de casa sequer pense na armadilha. Da mesma forma isso é imaginável nos casos em que a conduta tem para o autor caráter cotidiano e nada dramático. Quem horas atrás, como de costume, assinou uma nota fraudulenta, a qual ainda se encontra em sua antecâmara na cesta de cartas, já terá, em regra, esquecido o fato quando um funcionário levar, à tarde, a correspondência do dia para o correio. Em tais casos, a "liberação do âmbito de domínio" não passa de uma *omissão não-dolosa*. Se ainda assim essa liberação é considerada um delito *comissivo doloso* de tentativa, então está claro que há algo de errado com a teoria. A rigor, fica bem claro o que os adeptos desta teoria fazem: eles recorrem tacitamente ao comportamento ativo e consciente anterior à liberação. É este que lhes fornece as qualidades jurídicas, que, segundo a teoria, a própria liberação deveria apresentar. Aqui se vê um ponto fraco, que torna necessário que se melhore a teoria. Não pode ser correto excluir o comportamento anterior do tipo da tentativa, como mera *preparação*.[37]

2.1.3 A renúncia ao domínio como delito omissivo

Devemos a *Murmann* uma nova variante da solução individual. Ele constrói o seguinte exemplo: "A envenena durante a manhã a cerveja que O costuma beber à noite, e depois espera até que O chegue em casa". Para determinar o "começo da tentativa", deve-se, primeiramente, esclarecer a questão a respeito de *qual é a ação típica*. A resposta abstrata: "típico é apenas o comportamento que já gera um risco desaprovado para o bem jurídico". Só estaremos diante de tal comportamento, quando o autor "ou perde completamente o domínio sobre o acontecimento ou o

37. Em *JuS 1985*, p. 1 ss., já expus as fricções a que leva o critério da "liberação da própria esfera de domínio" (p. 8 e ss.). Ainda assim, essa teoria pareceu-me ser *a relativamente mais adequada* e merecedora de aceitação. Neste meio tempo, porém, acredito saber como é possível corrigí-la e desenvolvê-la.

libera de tal maneira que o risco escapa a seu poder de decisão com uma intensidade suficiente para fundamentar a desaprovação jurídica de seu comportamento".[38]

Isso parece levar às mesmas soluções a que a teoria da liberação, tratada no item 2.1.2. Mas como *Murmann* supera esta teoria no que se refere à consistência, os resultados são um pouco diversos: em casos como o seu exemplo, considera ele "típica (...) não a ação positiva (envenenamento da bebida)", fundamentadora da responsabilidade, e sim a perda do domínio, ou seja, "uma omissão (...) na posição de garantidor da ingerência".[39] O autor não nos revela, porém, que ele ainda deveria ter ido mais longe, pois como todos os defensores deste critério, não examina *Murmann* a possibilidade de uma perda *inconsciente* do domínio. Modifiquemos o seu exemplo, considerando que A, agora esposa de O, coloque algo na cerveja de O apenas com a finalidade de atingí-lo em seu bem-estar, para que ele perca por certo tempo o seu incômodo desejo sexual. Ocorre que A, sentada ao lado da cerveja, simplesmente esquece o plano e nem quando a vítima aparece, ela volta e pensar no assunto. Aqui, Murmann sequer poderia admitir a tentativa omissiva de lesões corporais (e, dependendo do caso, a consumação dolosa) – apesar de que, se O pega a cerveja, tudo ocorre da exata maneira que A havia planejado ao agir.[40]

A rigor, as conseqüências admitidas por *Murmann* já bastam para retirar de sua teoria qualquer poder de convencimento. Deve-se prestar atenção na premissa de que este autor parte e no que ele dela deduz ou teria de deduzir. O seguinte caso será bem esclarecedor: a enfermeira E quer envenenar mortalmente o paciente P, deixando um copo de veneno na mesa de cabeceira de P, que dorme profundamen-

38. MURMANN. *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 16-19.

39. [N.T.: A ingerência é o nome que os alemães costumam dar à posição de garantidor a que se refere o nosso Art. 13, § 2.º, *c* do CP (tem o "dever de impedir o resultado" e por isso responde pelo crime a título de omissão imprópria quem "com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado"].

40. Na nota 80, p. 24, (Versuchsunrecht, cit.), chega Murmann a mencionar um caso em que o fato escapa da consciência do agente, mais especificamente, em que este se torna inimputável ("por ex., em razão de inesperável perda de consciência"). A perda de "domínio sobre a decisão" por causa do simples esquecimento seria por ele certamente imputada, admitindo assim uma responsabilização de A a título de culpa.

te. P deve, assim que acordar, beber o veneno, pensando tratar-se do remédio que diariamente tem de tomar. E aguarda mais alguns minutos ao lado da cama de P, mas depois sai do quarto. Apesar de ter a enfermeira, através de sua ação positiva, exposto a vítima a um extremo perigo, *Murmann* seria obrigado a dizer que, tendo em vista deter a enfermeira o domínio sobre os acontecimentos, esta ação positiva "não cria ainda risco juridicamente desaprovado para o bem jurídico", e que E só pratica o homicídio tentado ou consumado por não manter o domínio, ou seja, por omissão. Sim, esta conclusão é coerente com a teoria de *Murmann*, e por isso mesmo a teoria não pode ser correta. A questão deve ser vista pelo outro lado: em razão de que em tais casos, ao menos quando houver uma expectativa de ocorrência de perigo imediato para um bem jurídico, há crime tentado *comissivamente*, tenho de construir a minha teoria de maneira que dela resulte esta solução. Isso significa que Murmann tem de abandonar a premissa que prejudica todas as suas considerações: a de que o direito penal não desaprova a criação de riscos, se o autor continuar a dominá-los. Em tal generalidade, esta afirmativa é evidentemente falsa. É a *intensidade* do perigo que decide, em primeiro lugar, a respeito da desaprovação jurídica, devendo aquela ser ajuizada levando em conta *todas* as circunstâncias do caso. Tendo em vista seus objetivos e a intenção daí decorrente, no sentido de não retirar a bebida envenenada, as envenenadoras dos exemplos propostos (esposa, enfermeira) criam cada qual um perigo bastante intenso. Tal não pode ser aprovado pelo direito, nem tampouco valorado como jurídico-penalmente irrelevante.

Murmann acaba não conseguindo traçar os limites sempre da maneira que a sua premissa lhe impõe. Se A toma um paralelepípedo, no intuito de destruir uma vitrine, e B o impede no último segundo, seria conseqüente afirmar que, enquanto a pedra "se encontrava no âmbito de domínio do autor (...), inexistia na verdade qualquer risco jurídico-penalmente relevante"; a "desaprovação jurídica do comportamento" apenas poderia ser formulada, quando "o risco (...) escapa a seu poder de decisão", isto é, apenas quando A, tenha atirado a pedra. Mas *Murmann* não vai tão longe, porque ele respeita a vontade do legislador, segundo a qual em

tais casos deve-se admitir a tentativa.[41-42] Como se pode conciliar isso com a tese de que, até o momento da perda do domínio, toda atuação no sentido do resultado seria irrelevante? *Murmann* explica esta incoerência nos casos de perigo imediato através das seguintes frases: "Neste estágio já fica manifesto o uso errado da razão, o qual não permite mais que faticamente se confie em que a pessoa se oriente conforme ao direito. Com isso se executa a violação da relação jurídica: o outro é reconhecido como alguém que não respeita a liberdade alheia, que vê na violação concreta não mais uma possibilidade abstrata, e sim a maneira correta de configurar as suas relações".[43] Murmann se vale de palavras complicadas para designar maldades tão banais e não consegue tornar a diferenciação algo mais convincente. Não apenas o sujeito com o paralelepípedo, mas também a envenenadora, que aguarda decidida que sua vítima caia na armadilha, usam erradamente a sua razão, não permitem que confiemos mais em sua orientação conforme ao direito etc. A meu ver, é esse o aspecto problemático de tais filosofemas, que hoje em dia tão freqüentemente se introduzem na dogmática do direito penal: eles não clarificam, mas obscurecem. Aparentemente se deduzem deles conseqüências jurídicas. Mas na verdade, o autor não desenvolveu qualquer critério real. A sua solução deriva de uma valoração pessoal e de considerações que podem ser até razoáveis, mas que não são expostas. O filosofema não passa de uma fórmula mágica: nele se introduz aquilo de que se precisa, para depois poder-se daí retirá-lo.

2.2 Distinção entre ação de tentativa e resultado de tentativa

A decepção persiste: a solução conjunta não é convincente, mas também as diversas soluções individuais têm consideráveis fraquezas. Isso gera a suspeita

41. MURMANN. Op. cit., p. 24-28.

42. [N.T.: Cf. o teor do § 22 do StGB, transcrito logo na nota 13].

43. [N.T.: O leitor me perdoe se não conseguir compreender este trecho, mas tal se deve menos ao tradutor do que à obscuridade do vocabulário do qual certo setor da dogmática alemã (inspirada em Kant, Fichte e Hegel, e de que Murmann é apenas mais um representante) insiste em valer-se].

de que todas as teorias, tão diferentes quanto elas sejam, apresentem um erro comum, que teremos de corrigir para encontrarmos a verdade. Para mim, este erro é a suposição de que, na tentativa, aquele comportamento ou acontecimento que demarca o *início* da tentativa seja sempre idêntico à *realização* do tipo da tentativa. Ou, dito de outra maneira: todos consideram óbvio que, na tentativa, não é possível distinguir ação e resultado.[44] Tem-se a seguinte idéia: se um comportamento deve permanecer impune porque ainda não representa um perigo imediato, então deve ele ser excluído do § 22 e considerado mera preparação. Inexiste um início da tentativa no sentido de uma realização *parcial* do § 22. Considera-se, isso sim, que quem "começar" a tentativa punível, já comete um delito, porque o início da realização do tipo da tentativa é idêntico à própria realização do mesmo.

É surpreendente que esta concepção seja tão geral e inquestionada, pois na verdade nada existe de mais natural do que, também no delito de perigo que é a tentativa, distinguir a ação típica do resultado típico. Os dois *podem* confundir-se, por ex., quando se ergue o braço para desferir o golpe ou quando se mira com a arma, mas não *têm* de fazê-lo, o que fica claro no exemplo do sobrinho. Sua *ação* de tentativa é – que mais? – a ministração do tablete de veneno como última ação direcionada à morte da tia. O delito de tentativa ainda não está, porém, completo. É necessário que venha o *resultado* da tentativa, a saber, o perigo imediato da realização do tipo, segundo a representação do autor. O acerto desta distinção mostra-se a meu ver de modo bastante claro nas tradicionais e geralmente corretas definições da elementar "dar início imediato", do § 22. Estas definições costumam coincidir por completo na exigência de que o comportamento do autor crie, de sua perspectiva, um perigo imediato (próximo, denso, agudo) de que o tipo se realize.[45] Assim

44. É evidente que aqui, *resultado* se refere à componente final da *tentativa* do delito, e não à consumação do delito; dito grosseiramente *resultado da tentativa* é, não a morte, mas o perigo imediato de morte.

45. *BGHSt 30*, p. 363 ess. (p. 364); *BERZJA 1984*, p. 11 ess.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER. *StGB*, 25. ed., 1997, § 22 nm. 42; HILLENKAMP. *MDR 1977*, p. 242 e ss. (p. 243); OTTO.

sendo, formular o tipo da tentativa de maneira que se diferencie a ação (*criar*) e o resultado (*perigo*) trata-se apenas de um esclarecimento do sentido incontroverso da lei: comete uma tentativa aquele que, segundo sua representação do fato, cria um risco imediato da realização do tipo.[46]

2.3 Quando ocorre o resultado da tentativa?

Este esclarecimento não resolve, de modo algum, todos os problemas. Afinal, a pergunta passa a ser, dada a ação de tentativa, diante de quais pressupostos é de reconhecer-se o resultado da tentativa. Aqui o decisivo é que, no § 22, o pressuposto "segundo sua representação" se refere a *ambos*, tanto à ação, como ao resultado; pois a elementar "dá início imediato" abrange tanto a ação, como o resultado da tentativa. Desconhecer este fato ou ignorá-lo em casos de autoria mediata é, como demonstrado, o erro cardeal da solução conjunta. Mesmo que o homem da frente permaneça inerte, pode ser de afirmar-se o perigo imediato de realização do tipo, *segundo a representação do homem de trás*. E isso está claro para todos nos casos mais comuns de tentativa inidônea: uma bomba relógio que, na verdade, não contém qualquer explosivo, não expõe objetivamente ninguém a perigo, mas o perigo imediato de mortes pode existir na representação do agente e é isso que importa.

Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. ed., 1996, § 18 nm. 22; TRÖNDLE/FISCHER. Op. cit., § 22 nm. 11.

46. Segundo a leitura que aqui se propõe, a *imediatez*, pressuposto da tentativa que no texto da lei se refere ao verbo *dar início* (ansetzen), é reconhecidamente deslocada: da ação de tentativa, o dar início, para o resultado da tentativa, o perigo. Isso é visto e sublinhado por *STRENG. Gedächtnisschrift für Zipf*, cit., p. 332 e ss., que se volta por essa mesma razão contra a leitura aqui proposta. Mas ela se adequa ao sentido do § 22, pois a palavra se tornaria pleonástica se entendida como qualificação da ação. Se dissermos que alguém *dá início* a pular, a cortar, a falar, com isso já expressamos que este alguém quer agir tão diretamente e sem rodeios ou hesitações que a sua ação deve ocorrer *de imediato*. *Dar início imediato* é comparável, assim, a expressões como *inútil desperdício*, *postergou para depois*, ou *prosseguir adiante*. Como temos de supor que o legislador nada diz de supérfluo, mas queria impor um pressuposto relevante, deve ser bemvinda a formulação esclarecedora.

2.3.1 Tentativa idônea e inidônea

Mas isso não significa que o real comportamento do instrumento seja de todo irrelevante quando perguntamos sobre a tentativa do autor mediato. Digamos que G, conforme ao desejo de seu pai P, dê início à subtração da loção de barbear. Uma vez que nos encontramos imediatamente antes da "realização do tipo" efetivada por P, através de G, nada há que objetar à habitual afirmativa de que P comete a tentativa *o mais tardar* ou *de qualquer maneira* agora, quando seu instrumento atua. Mas a fundamentação que fornece a solução conjunta é inexata e induz a erro. Seus adeptos dizem que "as contribuições do instrumento são imputadas ao autor como próprias, por força do dispositivo legal (§ 25 I, 2ª alternativa)" e logo deduzem daí que, por via inversa, "aquilo que o instrumento ainda não fez" deve "reverter em benefício" do autor; sem um início da execução pelo instrumento "não se pode atribuir ao homem de trás qualquer início da tentativa, uma vez que o fato em seu conjunto ainda não alcançou (...) o estágio próximo à consumação a que se refere a elementar da imediatez".[47] Como já criticado, aqui se desconhece o caráter decisivo da "representação" do autor. Se, no caso de P, ela se referia ao fato de que G iria, a qualquer momento a partir de segunda-feira, possivelmente subtrair a loção nos horários de abertura do Kaufhof, então para P o *resultado* da tentativa ocorre (depois de sua *ação* de tentativa na tarde de sábado) já na segunda-feira, pelas nove da manhã, pois já agora ocorre o momento decisivo em que P pensara ao atuar sobre G. E é irrelevante que G às nove da manhã esteja de fato pensando neste momento decisivo, ou noutra coisa, ou que simplesmente esteja a dormir; o que interessa é a representação durante a ação de tentativa, não havendo qualquer diferença relevante entre o fato de P vivenciar o momento decisivo de modo consciente ou inconsciente (quanto a isso, vide também 2.3.3).

47. KRACK. *ZStW 110*, cit., p. 628.

A efetiva atuação de G tem relevância apenas na medição da pena da tentativa punível de P. Deve ficar claro que a sua representação significa apenas uma moldura, que compreende tanto a *possibilidade* do perigo imediato às nove da manhã como o perigo imediato *real* da tarde, quando G de fato estende a mão, mas torna-se suspeitosa e desiste. P torna-se punível já às nove da manhã, mas apenas por uma tentativa inidônea, uma vez que o perigo imediato ainda não ocorreu objetivamente, mas somente segundo a sua representação. No momento posterior, esse perigo está também objetivamente presente, e essa conseqüência de sua ação de tentativa – o fato de que o furto por ele encomendado tenha deixado de ocorrer *por um fio de cabelo* – deve ser levada em conta. A tentativa idônea é em princípio mais grave do que a inidônea.

2.3.2 A liberação do próprio âmbito de domínio como o resultado da tentativa?

Resta perguntar se a teoria da liberação acima discutida e a concepção aqui apresentada não poderiam complementar-se mutuamente. É verdade que não se tenha confirmado que a ação positiva consciente do resultado (por ex., a ministração de veneno ou a persuasão do instrumento) seja um mero *ato preparatório*, a ser excluído do tipo da tentativa, a qual só teria início com a *liberação* do curso causal. Mas esse critério poderia ser correto para determinar o *resultado* da tentativa, isto é, marcar o ponto em que, após ser cometida a ação de tentativa, o tipo da tentativa se consuma. Em nossos exemplos, isso significaria admitir que o perigo se tornou agudo e que há punibilidade quando S, após ter ministrado o tablete de veneno, deixa a casa de T, ou quando P, após a conversa de sábado, deixa G em casa no domingo à tardinha.

Está claro que uma teoria da liberação assim corrigida merece ser levada em conta. A favor dela militam, primeiramente, declarações das quais se extrai, bem ou mal, aquilo que se acaba chamando de *vontade do legislador* e a que se recorre

na chamada *interpretação histórica*. É verdade que um dos principais objetivos destas declarações foi opor-se à admissão da tentativa em momento *ainda mais antecipado* pela jurisprudência aqui e acolá. Mas pode-se extrair destas declarações indiretamente que seu autor considerava evidentes as soluções que decorreriam da aplicação do critério roxiniano.[48] Surge, porém, a objeção de que se esteja em muitos casos admitindo o delito de tentativa ainda muito cedo, uma vez que o autor vê a realização do resultado como algo ainda muito distante, mesmo que se tome por base o momento da perda do domínio. Ninguém nega que quem ameaça a vítima de expor a público um caso de corrupção, pressionando-a e exigindo dinheiro para ficar calado, já seja punível por tentativa de extorsão, ainda que o agente só queira ver o dinheiro depositado um mês depois. No furto pode haver – segundo opinião generalizada – algumas horas entre a ocorrência da tentativa punível e a consumação desejada pelo autor – por ex., quando ele invade um banco, para arrombar o cofre. Também no homicídio nos deparamos com o reconhecido caso do autor que se torna punível por uma tentativa cujo resultado ele espera que só ocorra em momento bem posterior; por ex., quando ele "ministra à vítima intencionalmente um insidioso veneno que venha a realizar sua eficácia mortífera apenas dias depois".[49]

Não se pode, porém, desconhecer a diferença e a peculiaridade destes casos. Aqui há uma razão especial para dispensar, até certo grau, a proximidade temporal da consumação: a conduta em questão já atinge e viola a esfera do bem

48. Cf. por ex. MÜLLER-EMMERT. *SA-Prot.* V/747 = BEGR. *E 62*, p. 144 (contra o Reichsgericht, que considerou a encenação de um arrombamento já uma tentativa de estelionato, ao invés de deixar que esta começasse "apenas com o envio da carta notificadora do fato à companhia de seguros"); além disso, SA-PROT. *V/1748*, p. 1.749 e 1.754. Não se deve, porém, dar relevância excessiva a estas manifestações, por serem elas dita sobremaneira de passagem, faltando, ademais a seus autores a idéia de uma possibilidade de interpretação ainda mais restritiva. O que *o legislador* nos diz sobre o problema é mais a declaração de não ter refletido a respeito.

49. Exemplo de SCHLEHOFER. *Vorsatz und Tatabweichung*, 1996, p. 87, que com isso ilustra a sua tese segundo a qual "a exigência de proximidade temporal é impossível de ser determinada com exatidão. Ela não é uma grandeza constante, e sim variável, dependente de diversos fatores" (p. 86).

jurídico protegido. A ameaça, por ex., cria já uma pressão redutora da liberdade, a invasão do banco significa uma entrada em zona de posse alheia, e a ingestão do veneno representa já uma redução da vida. Esta intromissão na esfera alheia é, em muitos casos, o dado a que intuitivamente recorremos, ainda quando a esperada consumação ainda não esteja de imediato por ocorrer.

É verdade que a consumação (segundo a representação do autor) não pode estar *muito longe*. Por ex., não me parece admissível que a exposição – com dolo (eventual) de homicídio – de um parceiro sexual não informado a perigo de contágio com o vírus da Aids, configure uma tentativa punível de homicídio, quando o autor espera que os resultados letais cujo risco ele assumiu ocorram apenas dentro de anos.[50] *Schlehofer* apresenta o exemplo do vagabundo V, que depois de entrar numa casa de férias não vigiada quer primeiro dormir e apenas depois levar consigo a bicicleta que está guardada na casa. Aqui parece "duvidoso, se já a invasão do espaço de terceiro é de valorar-se como uma tentativa de furto. Tal só pode se dever ao fato de que V tenha postergado a execução do fato por algumas horas. O dado da intervenção na esfera da vítima, que em si sugere a existência da tentativa, é enfraquecido pelo dado contrário da postergação do fato".[51]

Mas o que interessa não são as sutilezas do plano secreto, e sim que é a "intervenção na esfera do bem jurídico protegido" (a carta extorsiva chega ao conhecimento da vítima) o fator que reconhecidamente relativiza o critério da proximidade à consumação. Este critério não nos fornece qualquer argumento para responder se "liberação da própria esfera de domínio" (a carta deixa o escritório do agente) deve bastar para a punibilidade.

A avaliação do critério da liberação não pode olvidar que também ele, da mesma forma que as delimitações contra as quais ele se volta, se baseia na premissa da identidade entre início da tentativa e realização do tipo da tentativa. Mas como a

50. Detalhadamente a respeito, HERZBERG. *Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung mit HIV*, Swarc (ed.), Aids und Strafrecht, 1996, p. 61 e ss. (p. 73-81).
51. SCHLEHOFER. Op. cit., p. 87.

teoria da liberação se esforça astutamente por encontrar uma posição intermediária entre uma e outra opinião, acaba ela sendo forçada por sua premissa a juntar num ponto também *intermediário* os dois momentos decisivos do início da tentativa e do surgimento da punibilidade pela tentativa. Daí surge uma singular tensão, que, uma vez que se abandone a premissa e se reconheça a diferença entre os dois momentos, relaxa-se nos *dois* sentidos. Concretamente: supera-se não apenas a inconsistência de ter de excluir do âmbito da tentativa a conversa de P com G, que foi sua única contribuição ativa para o furto, como também a necessidade de admitir a punibilidade já no momento da despedida, quando – mesmo segundo a representação de P – ainda inexiste qualquer proximidade à consumação ou à esfera jurídica da vítima. Ver o resultado da tentativa, a realização do delito tentado, não na liberação, mas apenas no momento em que o perigo se torna agudo,[52] corresponde ao senso natural, e torna compreensível o porquê de a solução conjunta ter tantos e cada vez mais numerosos adeptos, apesar de suas evidentes falhas. Além disso, do ponto da vista da construção do sistema, há a vantagem de se determinar o momento da punibilidade de modo unitário, isto é, com um único critério, ainda que restem alguns pontos inseguros (sobre estes, logo abaixo, 2.3.3).

2.3.3 O autor reconhece a meio caminho a inexistência do perigo de consumação

O problema torna-se difícil, em especial nos casos em que o autor, antes que o perigo, como esperado, se torne agudo, já obtém conhecimento de que não conseguirá de modo algum chegar à consumação. Ele injeta na vítima, por ex., o vírus da Aids e espera que ocorra o perigo imediato de morte num momento futuro ainda bem distante, no mínimo dentro de alguns anos; mas a vítima morre já dentro

52. É claro que o perigo *pode* tornar-se agudo – configurando tentativa punível – já com a liberação. Por ex., se o pai autoriza seu submisso filho de dez anos, que está com a pedra na mão, a lançá-la contra a vitrine.

de um mês, num acidente de trânsito. – Ou, no exemplo acima mencionado, de *Rath*, das coações para o cometimento de um atentado, se o homem de trás bem antes do atentado descobre que desapareceu seu meio de pressão e que seu plano, portanto, falhou. – Ou, nos casos aqui construídos: S espera que T pegue o tubo de tabletes não antes das oito da manhã, mas já antes disso fica-lhe claro que não ocorrerá qualquer envenenamento, seja porque T joga fora, diante de seus olhos, o tubo, seja porque ele recebe durante a noite a notícia de que ela sofreu um ataque cardíaco mortal. – G recusa as propostas de furto de P já durante ou conversa ou no domingo, ao telefone. – Àqui pertence também a situação em que o autor toma conhecimento de que o perigo por ele criado está, como esperado, se tornando agudo, mas este perigo se encontra fora do âmbito de seu plano: G liga para P no domingo e lhe diz ter deparado-se, na casa de uma amiga, com uma garrafinha quase cheia da loção de barbear, a qual foi prontamente subtraída para o pai.

A respeito de tais casos, pensa *Otto* que o autor será impunível, se tomar "antes do momento decisivo", conhecimento "de que seu plano falhou".[53] Tal pode estar correto, mas não é nada óbvio, e *Otto* não apresenta qualquer fundamentação. Poder-se-ia responder-lhe que é indiferente o que o autor venha a saber nesse meio tempo, desde que ele vivencie o momento em que, ao agir, esperava ele a ocorrência do perigo imediato. A punibilidade pela tentativa ficaria como que no aguardo, ou postergada até o decurso do prazo, podendo o agente dela escapar apenas por meio da própria morte – o que é uma possibilidade bem realista, no caso de contaminação dolosa com o vírus da Aids.[54]

Mas tal objeção é errônea. Ela decorre de uma falsa imagem daquilo que interessa ao perguntarmos pelo resultado da tentativa. O decisivo não é que chegue determinado momento, e sim o perigo imediato. Mais exatamente: aquilo que o autor esperava no momento de sua ação de tentativa, a saber, que o perigo

53. OTTO. *JA 1980*, p. 646.

54. Em minha contribuição ao livro de Swarc (ed.), op. cit., ainda considerava correta esta solução.

se tornasse agudo, deve também ocorrer – seja objetivamente, seja segundo a representação do autor. Formulado assim, tão abstratamente, talvez seja isso difícil de entender, daí porque pretendo ilustrar o que estou dizendo com base em exemplos. Suponhamos que S, ao agir, espere que T pegue o tubo não antes das sete da manhã do dia seguinte. Se isso realmente ocorrer, podemos afirmar: às oito e meia, há uma tentativa (idônea). Afinal, este perigo tornado agudo corresponde à representação que tinha S ao momento de ministrar o veneno.[55] Se, por outro lado, a vítima não agir como esperado, só se pode falar em tentativa se o perigo se torna agudo segundo a representação de S.

Não traz qualquer problema, obviamente, o caso de que S tenha, na manhã seguinte, a possibilidade da morte todo o tempo diante dos olhos. Mas haverá tentativa também quando o autor, na fase crítica, não pense uma única vez sequer na possibilidade do perigo imediato?[56] A nossa intuição decide rapidamente, enquanto uma resposta racionalmente fundada precisa de mais tempo. Ela decorre da seguinte consideração: o critério para a ocorrência do *resultado* de tentativa é a representação do autor "ao cometer o fato" (cf. § 16 I).[57] Quando S cometeu o fato, isto é, em sua *ação* de tentativa, esperava ele de um lado que o perigo se tornasse objetivamente agudo (e que a tia de fato fosse envenenada), por outro lado, de um aspecto subjetivo, que ele vivenciasse o momento crítico em sua

55. Será também irrelevante se, neste meio tempo, S vier a crer que não há perigo porque a empregada de T lhe prometeu destruir bem cedo o tubo. Ainda assim, haveria de admitir-se a tentativa, sendo mesmo de punir-se por *consumação* se, após tornar-se agudo o perigo, ocorresse a morte, apesar da existência de um erro. Neste caso, escondido e complicado a solução conjunta tem razão no que se refere à resposta a que chega: a tentativa depende de que T dê início imediato à ação perigosa.

56. O que bem pode ocorrer em delitos de bagatela: o estudante E fixa tachinhas com ponta para cima em várias cadeiras de uma sala da universidade e espera que o perigo se torne agudo às dez horas da manhã seguinte. A tentativa falha, porque as cadeiras, antes da aula, são retiradas e transportadas a outro lugar. E só volta a pensar no fato quando, retornando à sala uma semana depois, vê as novas cadeiras.

57. [N.T.: Trata-se do dispositivo que prevê o erro de tipo: "§ 16. Erro sobre circunstâncias do fato. Quem, ao cometer o fato, desconhece uma circunstância que pertence ao tipo legal, não age dolosamente, resguardada a responsabilidade pelo cometimento culposo"].

mente, como atual possibilidade. No que se refere a esta segunda expectativa, não faz qualquer diferença essencial se na fase crítica a possibilidade imaginada vem à tona no plano da consciência ou se ela fica no subconsciente. De uma maneira ou de outra, alcança S subjetivamente que o perigo se torne tão agudo quando ele havia representado ao agir. Apenas não devem existir informações contrárias que infirmem este quadro inicial. Quem considerar problemático que se dispense igual tratamento à consciência em vigília ou dormente deve recordar apenas que fazemos isso todo o tempo, sem qualquer hesitação, já no pressuposto do delito consumado, de que o autor "conheça" determinadas circunstâncias do fato (§ 16 I). Um exemplo de *Schlehofer*: "O desempregado D invade uma garagem subterrânea e subtrai objetos de valor. Para poder defender-se, caso necessário, leva ele consigo uma pistola. No momento da ação, sequer pensa ele a respeito da arma. (...) Todos estariam de acordo", pensa Schlehofer, "a respeito de que há um furto com arma, na forma dos §§ 242, 244 I 1)", apesar de que no momento em que, segundo o § 16 I, deveria estar presente o "conhecimento (...) não pensava D (...) em sua arma de fogo".[58]

A solução do problemático caso de que partimos já está, assim, delineada. Se antes da esperada ação que torna agudo o perigo, obtém o autor conhecimento de que não terá como alcançar a planejada consumação do delito, o perigo não chega a tornar-se agudo "segundo a sua representação".[59] Ele chega a alcançar, caso não venha a morrer, o *momento* em que, ao agir, havia ele pensado que ocorreria o perigo imediato, mas *não esse perigo em si mesmo*, nem mesmo no plano subjetivo; há apenas ação de tentativa, o resultado da tentativa não ocorreu. No nosso exemplo, o que importa para a punição por tentativa de homicídio (qualificado) é qual o instante em que o autor obtém conhecimento de que T faleceu à noite, de um ataque cardíaco, independentemente do remédio. Se ainda durante a noite,

58. SCHLEHOFER. Op. cit., p. 150.

59. [N.T.: São as palavras que aparecem no § 22, transcrito acima, na nota 13].

S é impune, se apenas de manhã, há um crime. Quem balança a cabeça, por não enxergar grande diferença entre os dois casos, não compreendeu que também o crime, passando de certo limite, se torna um comportamento impunível, e que casos bastante próximos por vezes têm de ser valorados diversamente. Pode-se facilmente comprovar que todo critério que mereça este nome exige de nós que suportemos essa *dor do limite*.[60] Lá onde se proponham fórmulas que não fazem com que sintamos essa dor, podemos estar certos de que elas de nada servem, justamente por não traçarem limite algum. Isso significa deixar o juiz sem qualquer orientação, deixando-se de cumprir a tarefa que incumbe à ciência jurídica.

3. Sobre a tentativa nos casos da *actio libera in causa*

A partir daí delineia-se também uma resposta para a difícil questão da tentativa daquele que quer fazer *de si mesmo* um instrumento da realização do tipo, isto é, nas hipóteses de *actio libera in causa*: A se embebeda para surrar sem inibição e responsabilidade jurídica seu credor C, que deve logo mais aparecer. Mas nada disso acontece, digamos que em razão de C cancelar a sua vinda pelo telefone ou por trazer consigo seu advogado. Será A punível por tentativa de lesões corporais? A pergunta situa-se além do tema do presente estudo. Por isso, não entrarei nos detalhes das controvérsias a respeito existentes, citando apenas a resposta que dá *Roxin*, em aplicação de seu critério: "Assim como na autoria mediata a tentativa só inicia na liberação do instrumento do próprio âmbito de domínio, assim também na *actio libera in causa* haverá tentativa quando a própria pessoa for colocada em estado de inimputabilidade: o autor faz de si mesmo o instrumento sem responsabilidade penal, não tendo mais, a partir do momento em que se torna inimputável, o ulterior desenrolar dos acontecimentos em suas

60. O que interessa à opinião dominante é se o autor mediato vê seu plano naufragar antes ou depois da *liberação*; por ex., punição de P por tentativa de furto se G volta logo após a despedida e diz não estar mais disposta a subtrair a loção; não-punição se ela já o faz antes da despedida.

mãos."[61] Se aqui a palavra *tentativa* significasse apenas a *ação* de tentativa, seria necessário concordar. Afinal, se o acontecimento tivesse se desdobrado conforme o plano de A, culminando com a surra de C por um A inculpável, seria necessário que houvesse um delito tentado anterior ao delito consumado, ambos só podendo ter sido punivelmente cometidos por A por meio de seu ato de embebedamento. O § 20[62] veda que se lhe reprove o comportamento posterior. Mas *Roxin* pensa que o "desligamento da própria imputabilidade"[63] leva a que se admita a tentativa *completa* e a sua punibilidade. Ouso supor que os adeptos do critério da liberação não se sentem muito bem com essa conseqüência. "Embebedar-se num bar com a intenção de depois matar a esposa que se encontra em casa – uma tentativa de homicídio qualificado!", escreve *Lenckner*,[64] e deixa ao leitor que avalie se tal pode ser correto. Algo me parece indiscutível: é nos casos de identidade entre autor e instrumento inimputável que a nossa intuição jurídica percebe o quão cedo a teoria da liberação admite a tentativa punível. Afinal, aqui o autor espera que o perigo imediato para o bem jurídico decorra de uma ação que ainda tem de ser *por ele mesmo* prestada, não tendo de forma alguma a experiência de largar o acontecimento de suas mãos, tal qual ocorre na utilização de um terceiro como instrumento. Ele tampouco enxerga no processo do embebedamento uma mudança súbita da responsabilidade para a irresponsabilidade, cuja ocorrência em um momento específico o juiz penal se vê forçado a fingir.

61. ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, v. 1, 3. ed., 1997, p. 784.

62. [N.T.: O dispositivo mencionado é o que define a imputabilidade por *perturbações anímicas*, e tem a seguinte redação: "§ 20. Inimputabilidade por perturbações anímicas. Age sem culpabilidade aquele que, ao cometer o fato, não era, em razão de uma perturbação profunda de consciência, de debilidade ou de outra qualquer anormalidade anímica, capaz de compreender o ilícito do fato ou agir conforme esta compreensão." Observe-se que o StGB fala expressamente que a imputabilidade deve estar presente no momento de *cometer o fato*, e, que, ao contrário do nosso CP, não contém o StGB dispositivo na Parte Geral regulando a punibilidade em casos de embriaguez].

63. ROXIN. *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 313.

64. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER. *Strafgestezbuch*. 25. ed., 1997, § 20 n. 35.

Nos casos de *actio libera in causa* se mostra, assim, especialmente insatisfatório que se igualem o *início* da tentativa e o *delito* de tentativa, como faz a opinião tradicional, e a distinção acima proposta parece ser aqui especialmente bemvinda. Dela decorreria que A ainda não é punível por tentativa de lesões corporais. Trata-se de uma situação como as acima por último discutidas (2.3.3, ao final): o agente termina de atuar eficazmente sobre o instrumento, mas, a contrário do esperado, não chega o perigo a tornar-se agudo nem objetiva, nem subjetivamente. Vivencia o momento no qual ele imaginara que o perigo deveria ocorrer, mas não este próprio perigo.[65] Para ser sincero, parece-me difícil acreditar que um defensor da teoria da liberação se oponha e declare: de modo algum, é justo e adequado punir A por tentativa de lesões corporais, pois ele se embriagou na expectativa de perder o controle sobre si mesmo e surrar C.

4. Retrospecto e síntese

O retrospecto mostra que as coisas são de fato como suspeitadas. Não se pode dizer que na controvérsia sobre o tema tratado um lado está certo enquanto o outro, sem o ver, está errado. Há aspectos certos e errados distribuídos entre as diversas teorias. Tal se torna evidente quando se esclarece que o início da tentativa não é necessariamente a sua realização, que a *ação* de tentativa e o *resultado* da tentativa por vezes coincidem, mas ainda assim devem ser conceitualmente separados e que nos casos do tema quase sempre se encontram separados.

Por isso deve-se dar razão à clássica solução individual, no que ela considera que a última ação do próprio autor mediato – a atuação sobre o instrumento ou a

65. De acordo nos resultados, mas com construção diversa, HERZBERG. *Festschrift für Spendel*, 1992, p. 203 e ss.: beber como um ato preparatório, que em certos casos se torna *retrospectivamente* "comissão do fato". *Lenckner* tem razão ao criticar que é "de todo obscuro (...) de que maneira uma ação que se encontra no espaço prévio à proibição penal possa se tornar retrospectivamente – ou, mais claro, com eficácia *ex tunc* – uma parte integrante da execução do fato" (Op. cit., nm. 35).

preparação da armadilha mortal – seja mais do que mera preparação atípica. Aqui já existe, na verdade, a ação (típica) de tentativa, que nos legitima a punir a tentativa, quando esta vier a existir, como delito comissivo e não apenas omissivo. Também o critério da renúncia ao domínio recorre a um acontecimento que, em muitos casos, de fato representa uma importante transição. Afinal, quando a *liberação do próprio âmbito de domínio* for mais do que um mero, talvez mesmo inconsciente, não-segurar, quando ela se manifestar num empurrão comissivo-causal, como no caso da ministração de veneno ao instrumento que espera no carro, só então estará sendo "cometido o fato"[66] e se configurará a ação de tentativa, em face da qual ações anteriores todas parecem mera preparação atípica. Mais importante nesta teoria é ter demonstrado algo fundamental: nem a última ação do autor mediato, nem o real início da execução pelo instrumento podem determinar de modo seguro o momento em que se inicia a punibilidade, o qual deve depender de um terceiro critério. Dito de outra maneira: o delito de tentativa pode inexistir, ainda que o homem de trás já tenha feito o que tinha de fazer, e o surgimento do delito de tentativa independe, também, se e quando o instrumento vem a agir conforme o planejado.

O erro da solução individual é apenas enxergar naquilo que ela acertadamente considera o "início da tentativa" também a tentativa inteira, já punível, o que leva a que, na teoria da liberação, se confira ao § 22 uma interpretação inconsistente, uma vez que não se consegue determinar a tentativa de modo conseqüente e unitário com o critério da renúncia ao domínio. A crítica à solução conjunta é, portanto, justificada e, ao exigir nos casos de nosso tema que se trabalhe com a idéia da imediata exposição a perigo, põe a descoberto uma importante verdade. Sim, é até correto que a planejada ação do instrumento que – real ou supostamente – torna agudo o perigo, tem importância na avaliação do que fez o homem de trás, seja para a aplicação da pena, seja, em casos raros, para a admissão de uma

66. [N.T.: Cf. a nota 62].

tentativa. Mas a solução conjunta ainda está bem longe de ser a teoria correta. O momento em que ela fixa o início da execução é tão tardio, quanto ele é prematuro na solução individual, e ela faz o delito de tentativa do homem de trás depender do agir real do instrumento, ao invés de contentar-se com aquilo que, *segundo a representação* do homem de trás, aconteceu certa ou possivelmente. Disso resultam, como demonstrado, inconsistências, incoerências e contradições internas.

Os erros de ambos os lados só serão evitados se passarmos a enxergar as coisas de modo distinto: na tentativa de um delito, deve-se distinguir entre a ação de tentativa e o resultado de tentativa. Aquela representa uma realização parcial do tipo de tentativa, devendo este ocorrer para que se complete um delito tentado. Para tanto, decisivo nos casos de nosso tema – bem como alhures – é o perigo imediato da realização do tipo, segundo a representação do autor no próprio momento de agir. Sempre haverá tentativa, portanto, quando o instrumento realiza a ação que torna agudo o perigo, como esperava o autor no momento de seu próprio agir. Mas também haverá tentativa – se bem que de menor gravidade – quando chega o momento mais cedo no qual o autor, ao agir, imaginava que se daria a ação que tornaria agudo o perigo. Em nenhum dos dois casos, porém, haverá delito de tentativa se o autor souber antes desse momento que a consumação do delito não é mais possível.

Prova e sucedâneos da prova no processo penal

Antonio Scarance Fernandes

Procurador de Justiça aposentado. Professor titular de Direito Processual e Teoria Geral do processo da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do ASF. Advogado criminalista.

Sumário: 1. Dos relatórios nacionais – 2. Considerações prévias sobre o objeto da pesquisa – 3. Considerações prévias sobre particularidades dos sistemas nacionais – 4. As provas típicas e atípicas: 4.1 Aspectos gerais; 4.2 As provas clássicas ou comuns: 4.2.1 Prova testemunhal 151; 4.2.2 Interrogatório e confissão; 4.2.3 Prova pericial; 4.2.4 Reconhecimentos; 4.2.5 A prova documental; 4.3 Provas típicas ou atípicas específicas; 4.4 Os meios de pesquisa ou de obtenção de prova típicos e atípicos – 5. A videoconferência – 6. A possibilidade de obtenção ou produção de prova atípica – 7. Os limites para a obtenção ou produção de prova atípica – 8. A forma de obtenção ou produção de prova atípica – 9. Os sucedâneos da prova: aspectos gerais – 10. A inexistência de vedação legal para a utilização no julgamento dos elementos de convicção das fases de investigação ou intermediária: 10.1 Espanha; 10.2 Brasil; 10.3 Uruguai – 11. A existência de vedação legal para a utilização dos elementos de convicção de fases anteriores no julgamento – 12. As substituições de uma prova por outra: 12.1 Substituição de prova testemunhal por prova documental; 12.2 Substituição das declarações de co-réu por prova documental; 12.3 Substituição de prova documental ou pericial por oral; 12.4 Os testemunhos indiretos como formas de substituição dos testemunhos diretos; 12.5 Substituição de reconhecimento pessoal por fotográfico ou pelo apontamento do acusado na audiência – 13. As conseqüências processuais do uso de provas atípicas e do uso indevido dos sucedâneos da prova – 14. Conclusões.

Resumo: O presente trabalho analisa o tema *prova e sucedâneos da prova no processo penal* nos países ibero-americanos (entendidos como tais os países latino-americanos,

Portugal e Espanha) sob dois ângulos básicos: *1)* os meios de prova típicos e os meios de prova atípicos; *2)* os sucedâneos da prova. Com base nesses ângulos, examinaram-se, entre outros, os seguintes pontos: os meios de prova típicos previstos no ordenamento jurídico de cada país; os limites da utilização de meios de prova atípicos; a substituição de um meio de prova por outro; a proibição da utilização, no julgamento, de prova produzida na fase de investigação (ou na fase intermediária). Foram todos esses tópicos vistos em face das garantias do devido processo legal, principalmente as garantias do contraditório, da ampla defesa e da não-admissão da prova ilícita.

Abstract: This present paper analyzes the theme *evidence and succedaneums of evidence in criminal proceeding* in Iberia-American countries (known as Latin-American countries, Portugal and Spain) from two basic angles: *1)* means of typical evidence and means of atypical evidence; *2)* succedaneums of evidence. Based on these angles, we will exam, among others, the following points: means of typical evidence foreseen in each country's legal system; utilization limits of the means of atypical evidence; the substitution of a mean of evidence for another; the prohibition of utilization, in trial, of evidence produced in the investigation phase (or in the intermediary phase). All these topics were examined in view of the guarantees of the proper legal proceeding, mainly the adversary guarantees, of right to counsel and of non-admission of illicit evidence.

Palavras chave: Provas típicas e atípicas – Meios de produção de prova – Meios de obtenção de prova – Sucedâneos da prova – Videoconferência – Prova ilícita.

Keywords: Typical and atypical evidence – Means of evidence production – Means of evidence obtaining – Succedaneums of evidence – Videoconference – Illicit evidence.

1. Dos relatórios nacionais[1]

Esse relatório geral fundamenta-se em relatórios nacionais dos seguintes países:

1. Extraído do Relatório para as *XX Jornadas Ibero americanas de Direito Processual Penal* – Málaga, Espanha, 2006.

Argentina (relator, Dr. Pedro J. Bertolino); Brasil (relatores, Drs. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró); Chile (relator, Dr. Raul Tavolari Oliveros); Colômbia (relatora, Dra. Angela Maria Buitrago Ruiz); Costa Rica (relator, Dr. Javier Llobert Rodriguez); Espanha (relatora, Dra. Sara Aragoneses Martinez); Paraguai (relator, Dr. Rodolfo Duarte Pedro); Portugal (relatoras, Dras. Rosa Maria Rocha e Teresa Alves Martins) e Uruguai (relatora, Dra. Raquel Landeira).

2. Considerações prévias sobre o objeto da pesquisa

O tema Prova e sucedâneos da prova no processo penal foi proposto pelos organizadores das XX Jornadas, suscitando, inicialmente, dúvida sobre o seu significado e o seu alcance, esclarecendo Dr. Manuel Ortells Ramos que, no seu entender, a expressão *sucedâneos da prova* tinha o significado "general de aquello que sin ser verdadera prueba – como actividad realizada ante el tribunal que conoce del juicio oral, con inmediación y plena contradicción de las partes – es utilizado, sirve, como prueba, en el sentido de que los resultados de esos medios informativos pueden ser tomados en consideración para fundar la sentencia. En ese sentido son un sucedáneo, un 'Ersatz' que diría los alemanes, de la prueba." Acentuou, ainda, que, nesse sentido, tem-se, principalmente. "el caso de la documentación formada por las distintas autoridades policiales, del Ministerio Público y, en algunos ordenamientos, judiciales, de sus actividades de investigación previas a la realización del juicio oral." Arrematou que se pretendia examinar o tratamento que os diversos ordenamentos dos países "dan a la posibilidad de que esa documentación valga como prueba – y sea utilizado para fundar la sentencia. En ese sentido, que valga como prueba lo que, en principio, prueba no es."

Em suma, partindo-se de uma noção de prova como aquela resultante de instrução realizada perante o tribunal, no julgamento, com imediação e plena contradição, pretendia-se pesquisar nos países ibero-americanos a utilização

como prova de elementos colhidos em fases anteriores e trazidos a julgamento como sucedâneos de prova.

Entendemos ser relevante acrescentar à pesquisa o exame de outro tema relativo à prova, a tipicidade da prova, com o objetivo de verificar quais as provas típicas dos países e quais os principais problemas de atipicidade que eles enfrentam.

Mantido o título sugerido Prova e sucedâneos da prova, os questionários enviados aos relatores nacionais foram acompanhados da manifestação acima referida do Dr. Manuel Ortells Ramos e com esclarecimentos importantes para fixar o âmbito da pesquisa e alcançar a maior uniformidade possível das respostas. Assim, salientou-se que estavam sendo consideradas típicas as provas previstas e, para cuja produção, há previsão de procedimento probatório, e atípicas aquelas não previstas ou aquelas que, embora referidas, não são reguladas por procedimento próprio.

Em síntese, o tema Prova e sucedâneos da prova seria examinado essencialmente sob dois ângulos: *1)* os meios de prova típicos e os meios de prova atípicos; *2)* os sucedâneos da prova.

3. Considerações prévias sobre particularidades dos sistemas nacionais

Dois aspectos fundamentais merecem realce prévio: a diversidade dos sistemas quanto à unidade, duplicidade ou pluralidade de ordens de regência ou de legislações processuais penais e a diversidade de estruturas procedimentais.

Em linhas gerais, os sistemas processuais penais dos países examinados nos relatórios podem ser separados nos seguintes grupos: sistemas com legislação processual penal uniforme para todo o território nacional (Brasil, Costa Rica, Paraguai, Portugal, Uruguai); sistema com multiplicidade de legislações processuais penais, a federal ou nacional e as provinciais (Argentina); sistema com vigência simultânea no território de legislação antiga e de legislação atual (Chile, em virtude da implantação gradual do Código de Processo Penal de 16.12.2000), sistema com uniformidade de legislação, mas regido por dois planos paralelos: o

da legislação (Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1883 e reformas posteriores) e o da jurisprudência do Tribunal Constitucional (Espanha). Refere-se, ainda, no Uruguai, a um Código de Processo Penal e a um Código Geral de Processo.

No relatório do Chile, deu-se preferência à legislação atual ainda não inteiramente implantada no país; no relatório da Argentina, além da análise natural da legislação nacional, foram examinadas as legislações de algumas províncias, aquelas que o relator considerou serem de maior interesse; no relatório da Espanha, ficou esclarecido que, em grande parte, os informes advinham das construções feitas pelo Tribunal Constitucional, e que, entre os diversos tipos de procedimentos previstos, escolheu-se para análise o procedimento ordinário para delitos graves, com algumas referências ao procedimento abreviado.

No que se refere às estruturas procedimentais, há países com procedimento dividido em 2 (duas) fases como regra (Brasil), com 3 (três) fases (a maioria dos países) e com 4 (quatro) fases (Uruguai). Essa diversidade de fases procedimentais fez com que se adotassem conceitos diferenciados de prova e com que se destacassem distintos aspectos nos informes sobre os sucedâneos da prova.

Nos países que prevêem três fases procedimentais, a noção de prova, ou de prova verdadeira como acentuou o Dr. Manuel Ortells Ramos, leva em conta a sua produção concentrada na audiência de julgamento (3ª fase), com imediação e plena contradição das partes. Bem significativa, nesse ponto, afirmação feita pela relatora colombiana, com base no Código de Processo Penal de seu país, de que só se estima como prova a que tenha sido produzida e incorporada em forma pública, oral e concentrada, sujeita a confrontação e a contradição ante o juiz de conhecimento.

No Brasil, em que somente nos processos de júri há procedimento com três fases, prevendo-se nos demais apenas duas, uma de investigação policial e outra de instrução judicial, sem concentração dos atos de produção de prova em uma audiência final de julgamento, ressalta-se na conceituação de prova somente a necessidade de sua produção perante o juiz e com a participação das partes em contraditório.

Por outro lado, é nos países com três procedimentos trifásicos que se coloca de maneira mais aguda o problema dos sucedâneos da prova, levando a que criem regras para evitar o ingresso de elementos colhidos em fases anteriores na audiência de julgamento e, paralelamente, normas para regular os atos probatórios prévios que poderão ser objeto de consideração na audiência. No Brasil, com procedimento bifásico, a discussão gira em torno do uso de elementos colhidos na fase de investigação para o julgamento da causa e alguns problemas relativos ao uso de uma prova por outra.

O fato de o Uruguai manter quatro fases talvez explique a diminuta importância da fase de julgamento na produção de prova, levando-se em conta para a sentença os elementos anteriormente obtidos.

4. As provas típicas e atípicas

4.1 Aspectos gerais

Revelam os relatórios que a idéia de tipo processual pouco influiu até agora nas legislações processuais penais iberoamericanas e a análise dos temas de processo penal à luz da tipicidade só mais recentemente despertou o interesse dos doutrinadores.

Aqui, serão usadas indistintamente as expressões *meios de prova típicos ou atípicos* e *provas típicas ou atípicas* para referência aos institutos que, genericamente, abrangem os *meios de produção de prova típicos ou atípicos* e *os meios de obtenção de prova típicos ou atípicos*. Essa distinção entre meios de produção de prova e meios de obtenção de prova é encontrada no ordenamento português e foi, de certa forma, levada em conta pelos relatores brasileiros (distinção entre meios de investigação e meios de produção de prova),[2] pelo relator argentino (distinção entre atos de

2. Lembram os relatores brasileiros artigo de Antonio Magalhães Gomes Filho, um dos relatores, nesse sentido.

investigação e meios de prova propriamente ditos).[3] A relatora colombiana referiu a distinção entre fonte de prova e meio de prova.[4]

No tocante aos conceitos de provas típicas e atípicas, em face da necessidade de se atingir a maior uniformidade possível nas respostas, foram seguidos, com adaptações, na elaboração dos questionários, os conceitos de prova típica e atípica de Antonio Laronga:[5] a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para a sua efetivação; a prova atípica é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para a sua realização.

A relatora da Colômbia considerou como prova atípica a prova antecipada, ou seja, aquela feita fora da terceira fase do procedimento, a da audiência de julgamento, na qual se concentraria a produção de toda a prova.

Merece registro a preferência do relator argentino, com base na doutrina de seu país, pelas expressões meios de provas ordinários e meios de prova extraordinários Conforme esclarece, os meios extraordinários são aqueles que apresentam especiais peculiaridades: dificuldades maiores na sua efetivação e sérios problemas para a observância das garantias fundamentais. A utilização desses meios representa grave risco de se legitimar a ilegalidade na averiguação penal. Decorrem, por exemplo, de ações realizadas *pelo agente encoberto*, o *informante*, *o arrependido*, o *testemunho de identidade protegida*.[6]

De qualquer maneira, desprezados pequenos problemas terminológicos, os relatórios destacaram os problemas principais da atualidade a respeito da tipicidade ou a atipicidade da prova e que decorrem de cinco situações possíveis: *a)* o meio de prova está previsto e é regulado mediante procedimento próprio; *b)* o meio de prova está previsto, não está regulado, mas há remissão ao procedimento a ser seguido; *c)* o meio de prova é previsto, não está regulado e não há remissão a

3. Apóia-se em Binder.

4. Assim Jairo Parra Quijano, Carlos Fidalgo Gallardo.

5. LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002.

6. Trata-se de terminologia usada por Cafferata Nores, conforme expõe o relator, que transcreve textos desse autor.

nenhum procedimento a ser seguido; *d)* o meio de prova é apenas referido nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão sobre o procedimento a ser seguido; *e)* o meio de prova não é sequer referido.

4.2 As provas clássicas ou comuns

As provas típicas e atípicas referidas nos relatórios foram divididas em três grupos para maior facilidade de análise dos relatórios: *a)* as provas (meios de produção de prova) clássicas ou comuns; *b)* provas (meios de produção de prova) especiais e *c)* os meios de obtenção de prova.

Foram consideradas provas clássicas ou comuns aquelas encontradas em praticamente todos os ordenamentos: as provas testemunhais, as provas periciais, os documentos, os reconhecimentos. Os outros meios de produção de prova não enquadráveis neste grupo estão entre as provas especiais. Os meios de obtenção de prova são os que se destinam a descobrir ou alcançar uma fonte de prova.

4.2.1 Prova testemunhal

A prova testemunhal é referida em todos os relatórios. Em Portugal, dá-se valor de prova testemunhal às declarações do assistente e partes civis. No Brasil, são tratadas em capítulos diversos as *perguntas ao ofendido* e as *testemunhas.* Quando os peritos são chamados a prestar esclarecimentos na audiência de julgamento, a tomada de suas declarações é, nos diversos países, feita geralmente segundo as regras de inquirição de testemunhas.

Os principais problemas relacionados com a validade ou invalidade, tipicidade ou atipicidade da prova testemunhal dizem respeito aos seguintes pontos: os depoimentos de testemunhas sem a sua visualização ("testemunhas sem rosto"), com desconhecimento de seus dados de qualificação ou de identificação; os depoimentos de co-réus, dos colaboradores, arrependidos, os depoimentos de agentes encobertos.

Foram esses problemas cuidados na legislação portuguesa sobre o regime especial de proteção a testemunhas, aplicável nomeadamente a crimes de terrorismo e à criminalidade violenta ou altamente organizada. Esse regime contempla quatro tipos de medidas especiais sobre a produção da prova testemunhal: ocultação, reserva do conhecimento da identidade da testemunha, medidas e programas especiais de segurança, medidas para testemunhas especialmente vulneráveis. Com a ocultação da imagem ou distorção de voz, ou de ambas, visa-se a evitar o reconhecimento da testemunha, admitindo-se, ainda, a teleconferência, realizada pelo "magistrado acompanhante". Com a reserva do conhecimento da identidade da testemunha, objetiva-se a não revelação da identidade de quem presta depoimentos ou faz declarações sob anominato. Fica reservada a situações excepcionais. Há preocupação em não se desguarnecer a posição da defesa, e, por isso, com base na jurisprudência do Tribunal Europeu, não se permite que a condenação se baseie exclusiva ou predominantemente em declarações anômimas.[7] Entre as medidas especiais de segurança, citam-se as seguintes: indicação de residência diferente; transporte em viatura especial; compartimento vigiado e protegido nas instalações judiciárias e policiais; proteção policial, estendida a familiares e pessoas próximas. As testemunhas especialmente vulneráveis que recebem proteção especial são as crianças, os idosos, os doentes, os que irão depor contra pessoa da própria família ou do grupo social a que estejam subordinados.

Nas ações encobertas, permite-se em Portugal que agentes da polícia criminal atuem sob identidade fictícia. O agente encoberto pode, na fase pré-sentencial, depor com identidade fictícia. Se, em situações excepcionais, for chamado a depor na audiência de julgamento, o depoimento é colhido com as portas fechadas.

No Brasil, lei especial prevê a possibilidade de alteração do nome completo da vítima ou da testemunha, de seu cônjuge e de seus parentes. No Estado de São Paulo, por provimento da Corregedoria Geral de Justiça, admite-se a omissão de

7. Henrique Gaspar, Rui Patrício, citados pelas relatoras.

endereços e dados de qualificação das testemunhas ou vítimas ameaçadas ou atemorizadas, medida que poderá prejudicar, segundo os relatores nacionais, o exercício do contraditório, e tem encontrado certa resistência no tribunal paulista.

São previstas no Chile medidas de proteção às testemunhas, principalmente em face de condutas terroristas (Lei 18.314). Assim, testemunhas, peritos, cônjuges, parentes e pessoas a eles ligadas poderão declarar, com reserva de suas identidades e dos endereços de seus domicílios, e poderão ser ouvidos em locais diferentes daqueles onde se realizam as inquirições.

Não se admite, no Uruguai, depoimentos de testemunhas que não estejam identificadas ou não sejam vistas. Contudo, os informes policiais são levados em conta no julgamento e mencionam relatos de fontes anônimas ou declarações de pessoas não identificadas ou cujos nomes não são revelados.

Citam-se na Argentina, entre os meios extraordinários de prova, os obtidos por meio de informes ou declarações do agente encoberto, do informante, do arrependido, de testemunha de identidade protegida.[8] Decidiu-se que o depoimento de uma testemunha com identidade reservada vale somente para orientar a investigação, mas não tem valor de prova autônoma. Referiu-se, ainda, à possibilidade de recepção especial de depoimentos de menores, deixando-se registro mediante videogravação ou outro meio similar, para reprodução posterior.

Para determinados delitos, na Espanha, como medidas de proteção às testemunhas e aos peritos, permite-se a não menção de dados que permitam identificá-los e a tomada de seus depoimentos nas audiências por modos que impeçam serem vistos. O anominato só subsiste até o julgamento. Porém, se alguma das partes solicita que a testemunha ou perito revele sua identidade, incumbe ao juiz decidir motivadamente sobre o pedido, adotando medidas que impeçam a visualização das testemunhas na audiência.

8. Cafferata Nunes, citado pelo relator.

O co-argüido em Portugal não pode depor como testemunha. Em caso de separação de processos, os argüidos de um mesmo crime ou de um crime conexo podem depor como testemunhas se nisso expressamente consentirem, sendo esclarecidos sobre o direito ao silêncio e as conseqüências de suas declarações.

Os depoimentos de ouvir dizer ou os testemunhos indiretos são, na realidade, formas de utilização de uma prova (testemunho direto) por outra (testemunho indireto) e, por isso, serão cuidados na parte referente aos sucedâneos da prova.

4.2.2 Interrogatório e confissão

São sempre previstos e regulados atos de inquirição do investigado ou do acusado, durante os quais pode ocorrer a confissão. Discute-se se o interrogatório e a confissão são meios de prova.

Há no Brasil três posições doutrinárias a respeito da natureza do interrogatório: meio de prova,[9] meio de defesa[10] e meio de defesa e de prova.[11] Para os relatores, não se pode atribuir à confissão natureza de meio de prova, por ser "o resultado de uma declaração de vontade que deve ser fomalizada." A confissão extrajudicial "deverá ser consubstanciada em algum documento e será este o meio de prova produzido no processo." A confissão judicial ocorre no interrogatório.[12]

No relatório da Argentina, a *prueba confessional* foi relacionada entre as provas atípicas porque, em rigor, desapareceu dos códigos modernos argentinos. A doutrina, contudo, salienta que pode ser computada como meio probatório a

9. Camargo Aranha, citado pelos relatores.

10. Bento de Faria, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Fernando da Costa Tourinho Filhoa, citados pelos relatores.

11. Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Romeu Pires de Campos Barros, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, Mirabete, Guilherme de Souza Nucci, Fernando de Almeida Pedroso, citados pelos relatores.

12. Citam os relatores análise feita por Cândido Rangel Dinamarco.

declaração do imputado cujo caráter de meio de defesa não obstaria a que contenha, eventualmente, uma confissão.[13]

Em Portugal, após advertido de seu direito ao silêncio, o argüido pode, se quiser, prestar declarações e, em caso de confissão na audiência de julgamento, será indagado se faz a confissão de livre e espontânea vontade e fora de qualquer coação, bem como se pretende fazer uma confissão integral e sem reservas. Em alguns casos (crime punível com pena de prisão até 5 anos), a confissão integral e sem reservas implica a renúncia à produção de prova relativa aos fatos imputados e conseqüente consideração destes como provados, passando-se às alegações finais.

4.2.3 Prova pericial

A prova pericial é prevista em todos os países, embora com pequenas variações de denominação, dando-se na titulação da prova destaque à atividade desenvolvida (exame de corpo de delito e perícias – Brasil, Espanha, Portugal, Paraguai) ou aos expertos (peritos, intérpretes, na Costa Rica, na Argentina, Código de Processo Penal de La Nación e nas províncias; informes dos peritos, Chile, Espanha, Uruguai).

O problema principal, em relação à tipicidade, é a falta de regulamentação de todas as perícias possíveis, pois não há como prevê-las, mormente porque surgem novas técnicas de investigação apoiadas em modernas tecnologias.

No Brasil, há regras gerais para as perícias e estão reguladas algumas perícias específicas: autópsia, exame de lesões corporais, exame do local do crime, perícia sobre destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou por meio de escalada, perícia no crime de incêndio, exame para o reconhecimento de escritos, exame de instrumentos do crime. Salientam os relatores que, em "todos esses casos há regras genéricas sobre as perícias, em especial sobre seu objeto, sem que haja, contudo, uma disciplina específica sobre o procedimento a ser adotado."

13. Palácio, citado pelo relator.

Ressalta-se que, em razão dos avanços tecnológicos, surgem modalidades de perícias não previstas pelo Código de Processo Penal, lembrando-se: perícia de voz para comprovação da autoria do diálogo objeto de interceptação telefônica; exame de DNA para comparação de material genético do acusado com material genético encontrado; perícias em discos rígidos nos crimes cometidos pela internet. Seguem-se as regras gerais do Código sobre perícias e em especial as referentes ao exame de corpo de delito.

Cita-se, no relatório do Paraguai, que estão previstas 27 (vinte e sete) modalidades de perícias.

4.2.4 Reconhecimentos

Os reconhecimentos, sempre presentes nos ordenamentos, são cuidados de forma genérica (Argentina, Código de Processo Penal de La Nación e a maioria dos códigos provinciais, Costa Rica, Uruguai,) e com destaque a alguns tipos de reconhecimentos: reconhecimentos de pessoas e de coisas (Brasil, Portugal), reconhecimento de pessoas (província de Chubut, na Argentina, e Costa Rica); reconhecimentos de coisas, pessoas ou lugares (Paraguai). Em Portugal, refere-se à pluralidade de reconhecimento (cada uma das pessoas que identifica fá-lo separadamente, impedindo-se a comunicação entre elas) e à pluralidade de reconhecimentos (a pessoa que identifica fá-lo separadamente para cada pessoa ou cada objeto).

É comum que se regule uma espécie de reconhecimento e se determine a sua aplicação a outra modalidade. No Brasil, ao reconhecimento de coisas aplicam-se as regras do reconhecimento de pessoas. No Código de Processo Penal de La Nación, da Argentina, nos reconhecimentos por fotografias ou de coisas são observadas as regras sobre reconhecimentos de pessoas.

No Uruguai, menciona a relatora, como prova atípica, o reconhecimento "en rueda de voces – en vivo y en diferentes soportes", radicando a questão básica em determinar a legitimidade e a autenticidade da forma de produzi-lo,

a qual, normalmente requer a utilização de procedimento previsto para outro meio probatório.

Nos casos em que há previsão de aplicação do procedimento de um tipo de reconhecimento para outro, o problema não é de atipicidade, mas de irritualidade, pois ocorre colheita de prova típica sem a observância do rito previsto.

Discutiu-se, no relatório brasileiro, se, em caso de reconhecimento fotográfico, não previsto, haveria problema de atipicidade ou de irritualidade. De qualquer forma, como afirmaram os relatores, sob uma ou outra ótica, tem-se afirmado o seu valor precário para a sustentação de uma sentença.

Na Argentina, salienta a doutrina que o reconhecimento não é meio autônomo, mas misto.[14]

4.2.5 A prova documental

Os documentos são considerados meios de prova em quase todos os países. No Chile, na legislação antiga, previam-se os documentos de caráter público ou privado, enquanto a legislação vigente dispõe sobre os instrumentos públicos ou privados. No Uruguai, embora o documento esteja como meio de prova, não se estabelece a forma de sua incorporação ao julgamento, aplicando-se, subsidiariamente, as normas do Código Geral de Processo. Na Argentina, a alusão expressa à prova documental é feita no Código de Processo Penal de Santa Fé, no Código de Processo Penal de Chubut ainda não vigente, mas não no Código de Processo Penal de La Nación e na maioria dos códigos provinciais, o que faz com que se arrole como espécie de prova não enumerada e não regulada. São previstos como meios de prova os informes na Costa Rica, na província de Chubut na Argentina, no Paraguai.

Há, em relação à prova documental, vários problemas relacionados com a atipicidade da prova, sendo que boa parte deles decorre do conceito amplo

14. Palácio, citado pelo relator.

que se atribui, em regra, ao documento. Assim, além de papéis escritos, são considerados documentos quaisquer registros de atividades humanas das mais diversas naturezas: o CD, o DVD, o filme ou película, a gravação de sons, a gravação de imagens. Assim, vários tipos de prova que se produzem hoje em dia em face de modernos meios tecnológicos são tidos como documentais. Esse conceito amplo é encontrado no Código português: declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico (art. 164). Aplicam-se no Uruguai ao processo penal as normas sobre documento do Código Geral de Processo, em cuja conceituação estão abrangidas as fotografias, radiografias, mapas, diagramas, películas cinematográficas. Permite-se, ainda, no Uruguai, que sejam consideradas documentos outras formas similares a essas, como as fitas de vídeo, os disquetes, os discos compactos com sistema laser, o documento eletrônico. Consideram-se no relatório argentino em face de códigos provinciais como provas atípicas as decorrentes de gravação de som, de imagem, as registradas em fitas magnéticas.

Salienta a relatora uruguaia, Dra. Raquel Landeira, que, para a utilização como prova de fitas de vídeo, de disquetes, de discos compactos, acaba sendo feita uma combinação de três meios: o documental, o pericial e o reconhecimento judicial. Realmente, há um vínculo íntimo entre a prova documental e outros meios de prova, principalmente em face do conceito amplo dado ao documento. Normalmente, a descoberta de uma fonte de prova (o sangue do suspeito, o teor de uma conversa, um registro bancário) é feita por algum meio de obtenção de prova (busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário), mas a materialização da descoberta e o registro de recolha da fonte resultam em um documento juntado aos autos: auto, termo, degravação, extrato bancário. Produzido o documento, conforme a natureza da fonte, exige-se uma perícia ou um reconhecimento: para demonstração de que o sangue recolhido é do suspeito, é necessária uma perícia; para a identificação de um cadáver, além de perícia, é comum a necessidade de que alguém o reconheça.

Tanto pela amplitude de seu conceito, como pela sua íntima ligação com outros meios de prova, houve, em relação ao documento, de forma direta ou indireta, o apontamento de vários problemas de atipicidade.

Indica o relatório chileno como meios de prova atípicos os reunidos no Código sob a epígrafe de *Medios de prueba non regulados expresamente*, as películas cinematográficas, as fotografias, as fonografias, as videogravações e outros sistemas de reprodução da imagem, do som, de voz; as versões taquigráficas; os resultados da prática de operações científicas. Refere-se, no relatório argentino, aos meios extraordinários de prova: a videogravação, fax, e-mail, dados da internet,[15] assinatura digital. É mencionada decisão em que se dá ao correio eletrônico tratamento semelhante ao das cartas e dos papéis privados. No Uruguai, apontam-se como provas atípicas os suportes eletrônicos.

Problema correlato é o do valor probatório das cópias e das reproduções, do telefax, das fotocópias. Considerou-se em decisão citada no relatório argentino que o telefax e as fotocópias não são documentos e não têm a mesma força probatória que teria o instrumento reproduzido. Para o Código português as reproduções mecânicas têm o mesmo valor do original se com ele tiverem sido identificadas no processo em causa ou em outro.

4.3 Provas típicas ou atípicas específicas

Foram reunidas como provas típicas ou atípicas específicas a acareação, os indícios e as presunções, a reconstrução e reconstituição do crime.

A acareação é prevista na maioria dos países (Argentina, Código de Processo Penal de La Nación e códigos provinciais, Brasil, Costa Rica, Paraguai, Portugal). Na sua produção, utilizam-se na Costa Rica as regras sobre o testemunho e a perícia. O relator argentino menciona que, em seu país, a acareação não é considerada meio autônomo, mas misto.[16]

15. Citados por Coleiro, conforme relator.
16. Palácio, citado pelo relator.

No Brasil, estão incluídos entre os meios de prova os indícios, embora a doutrina entenda não terem essa natureza,[17] pois o indício constitui um "fato provado que permite, por um raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de um outro fato."[18] Mencionam-se como meios de prova típicos as presunções ou indícios no Chile, no Uruguai. A presunção é apontada na Argentina como meio atípico em face de algumas legislações provinciais. No Paraguai, os indícios estão previstos no Código Penal, e, no tocante a eles e às presunções, utiliza-se supletivamente o Código Civil.

A reconstrução ou reconstituição do fato é cuidada ou referida nos códigos da Argentina (Código de Processo Penal de La Nación e maioria dos códigos provinciais), Costa Rica, Portugal, Brasil. É mencionada como prova atípica em Costa Rica, a ela se aplicando analogicamente as regras sobre outras provas, com tendência a se utilizar das regras sobre inspeção. No Brasil, a reconstituição do crime é referida no capítulo do inquérito policial, constituindo prova atípica, porque não regulada a forma de sua realização.

4.4 Os meios de pesquisa ou de obtenção de prova típicos e atípicos

O campo dos meios de pesquisa ou de obtenção de prova é amplo, podendo-se, a grosso modo, englobá-los em quatro grupos: *a)* os exames, as vistorias, as revistas; *b)* as buscas, apreensões, os seqüestros; *c)* as interceptações, as escutas; as quebras de sigilo; *c)* as ações encobertas, a infiltração policial.

Esses meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de produção de prova e constituem normalmente providências de natureza cautelar. Critica-se, na Argentina, a classificação como meios de prova de atividades como a revista, a busca, a apreensão, o seqüestro, pois seriam medidas assecuratórias ou conservativas.[19] Também no Brasil, afirma-se que a busca e apreensão não é meio

17. Assim José Carlos Barbosa Moreira, Vicente Greco Filho, conforme citam os relatores.
18. Relatores brasileiros.
19. Palácio, citado pelo autor.

de prova, mas uma medida cautelar,[20] e se ressalta que a interceptação telefônica é medida cautelar.[21]

O Código português, ao tratar separadamente dos meios de obtenção de prova, distinguindo-os dos meios de produção de prova, arrolou os seguintes: os exames, as revistas e buscas, as apreensões, as escutas telefônicas e as ações encobertas. Os exames compreendem as inspeções e registros dos vestígios do crime e dos indícios relativos ao modo como foi praticado o fato, ao lugar onde foi praticado e às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.[22] As revistas e buscas podem incidir sobre pessoas, lugares reservados, coisas. As buscas podem ser feitas em domicílios ou em outros locais, com regras especiais para as buscas em escritórios de advogado ou consultório médico, em estabelecimento oficial de saúde. As apreensões podem incidir sobre objetos, com normas especiais sobre apreensão de correspondência, sobre apreensão em estabelecimentos bancários, em escritórios de advogado ou consultório médico e sobre apreensão incidente em documentos ou objetos em poder de pessoas sujeitas a segredo profissional e de Estado. Para combate a determinadas formas de criminalidade particularmente graves, consagraram-se regimes especiais de quebra de segredo profissional: segredo bancário, segredo fiscal. Sob o título de escutas telefônicas, estão as regras sobre escutas telefônicas e interceptação de conversações por meio técnico diferente do telefone e de comunicação entre presentes.

Os exames e as inspeções judiciais são cuidados no Chile, no Uruguai, na Argentina – Código de Processo Penal de La Nación e na maioria dos códigos provinciais – e com o nome de inspeção ocular na Espanha. A inspeção ou exame pode incidir sobre pessoa, coisa, instrumentos do crime, vestígios do crime (Chile). De forma genérica, são referidos o exame de local no Chile, legislação

20. Camargo Aranha, citado pelos relatores.

21. Assim, Ada Pellegrini Grinoveer, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Vicente Greco Filho, Luiz Flávio Gomes, Luiz Francisco Torquato Avolio, citados pelos relatores.

22. Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, citado pelas relatoras portuguesas.

antiga, com alteração em 1989, e as inspeções na Colômbia. Na Costa Rica, há a inspeção corporal, a inspeção e busca no lugar do delito. No Paraguai, são previstas a inspeção corporal e a de coisas.

No Brasil, a inspeção judicial não é tratada na legislação processual penal, estando prevista no Código de Processo Civil. Discute-se se é prova atípica. Para os autores, não teria tal natureza, pois, aplicando-se por analogia o Código de Processo Civil, será seguido o procedimento probatório nele previsto. Adotam os relatores, nesse ponto, posição mais restritiva a respeito do conceito de prova atípica, entendendo que não ostenta essa qualidade a prova que pode ser produzida mediante a aplicação de analogia.

As buscas e apreensões são referidas e tratadas genericamente (Brasil) ou de forma especificada como as buscas domiciliares (Argentina, Código de Processo Penal de La Nación e a maioria dos códigos provinciais), com normas especiais sobre a busca em lugar fechado na Espanha, sobre as buscas pessoais na Argentina, Código de Processo Penal de La Nación e na maioria dos códigos provinciais. Menciona-se, ainda, a busca em livros e papéis na Espanha. Em Costa Rica, refere-se ao ingresso e à busca domiciliar e em outros locais.

O seqüestro é mencionado na Costa Rica e na Argentina (Código de Processo Penal de La Nación e a maioria dos códigos provinciais). Na Costa Rica, realiza-se o seqüestro segundo as regras da busca. Prevêem-se a interceptação e o seqüestro de comunicações e de correspondência na Costa Rica, e, na Espanha, a abertura e apreensão de correspondência escrita e telegráfica.

5. A videoconferência

A videoconferência é admitida na maioria dos países; Chile, Argentina, Espanha, Colômbia, Portugal.

No Chile, a videoconferência é admitida pelo art. 329, do CPP, que se fundou em parecer do relator, Dr. Raul Tavolari Oliveros, por razões de segurança, quando, por motivo grave, as testemunhas e os peritos não puderem comparecer em juízo.

Admite-se a realização de diligências ou audiências em local distante daquele onde seriam realizados ou fora da vista do imputado. Também com o objetivo de proteger a testemunha, a videoconferência foi permitida na Argentina, sendo regulada, por exemplo, pela Província de Córdoba. Nassi salienta a importância da videoconferência para reduzir o número de traslados.[23] Foi utilizada em caso de grande repercussão, o caso Amia, em que uma das testemunhas estava de férias na Alemanha.

Situações especiais foram retratadas nos relatórios de Costa Rica, Brasil e Uruguai, que não prevêem a videoconferência. Na Costa Rica, o Poder Judiciário tem utilizado a videoconferência em várias partes do país. No Brasil, foram feitos interrogatórios *on line*. e têm sido realizadas audiências por videoconferência, principalmente para evitar deslocamento de presos. Atualmente, em virtude de reforma do Código de Processo Penal, como se previu que os interrogatórios poderiam ser realizados no próprio estabelecimento penitenciário em que o preso se encontrasse, há entendimento de que os interrogatórios não podem ser efetuados por videoconferência. Informam os relatores que o Dec. 5.015/2004 incorporou ao sistema brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional que prevê a audição por videoconferência, desde que o ordenamento interno a admita. Anotam ainda que houve previsão de videoconferência no Estado de São Paulo, sem disciplina do procedimento, sendo a regra considerada inconstitucional por parte da doutrina. No Uruguai, para a relatora, Dra. Raquel Landeira, seria possível admitir a videoconferência, embora ressalte que o problema estaria na forma de sua realização.

6. A possibilidade de obtenção ou produção de prova atípica

A obtenção ou a produção de prova atípica é permitida em todos os países com fundamento na existência de regras que consagram a liberdade probatória ou a não taxatividade dos meios de prova.

23. Nessi, citado pelo relator.

A regra da liberdade probatória está prevista nos códigos de processo penal de vários países: Chile (art. 295), Costa Rica (arts. 182 e 234), Portugal (art. 125), Uruguai (art. 173), Colômbia (art. 373, Lei 906/2004), algumas províncias argentinas (Códigos de Processo Penal de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Mendoza, Catamarca).

Em outros países, extrai-se a liberdade probatória da regra da não taxatividade dos meios de prova constante do Código de Processo Penal, de normas de outros códigos aplicadas por analogia ou da invocação do princípio da verdade material: Argentina, Código de Processo Penal de La Nación – da regra da não taxatividade; Costa Rica, do princípio da verdade material, Brasil, da aplicação analógica do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal Militar; Paraguai, de aplicação analógica do art. 246 do CPC e do princípio da verdade material. Na Espanha, a liberdade na produção de prova é afirmada pela jurisprudência. Em Costa Rica, a doutrina e a jurisprudência consideram a regra legal da liberdade probatória como "conseqüência do princípio da verdade real".

7. Os limites para a obtenção ou produção de prova atípica

A prova, seja típica ou atípica, deve ser lícita, ou seja, obtida ou produzida com respeito às garantias e liberdades fundamentais. O relator do Paraguai, Dr. Rodolfo Duarte Pedro, afirma que "é requisito indispensável a licitude do meio de prova e a técnica para sua obtenção."

No art. 209 do CPP de Buenos Aires consta que outros meios de prova serão admitidos quando não suprimam as garantias individuais das pessoas e não afetem o sistema constitucional, e, segundo o Código de Processo Penal de La Nación, quando não vulnerem as garantias constitucionais. No art. 234 do CPP da Costa Rica, afirma-se que, além "dos meios de prova previstos neste código, poderão ser utilizados outros distintos, sempre que não suprimam as garantias e faculdades das pessoas, nem afetem o sistema institucional."

8. A forma de obtenção ou produção de prova atípica

A obtenção ou produção de prova atípica deve seguir algum procedimento probatório, normalmente em virtude de remissão a procedimento de prova semelhante ou mediante aplicação de analogia.

É o que se encontra no art. 234 de Costa Rica, quando ao se referir a outros meios de prova, estipula o seguinte: "A forma de sua incorporação ao procedimento se adequará ao meio de prova mais análogo dos previstos." Acentua o relator, Dr. Javier Llobet Rodríguez, que a "liberdade probatória não pode significar liberdade de procedimento, pois na recepção da prova deve seguir-se o procedimento estabelecido pela lei."

A forma utilizada não pode, como consta do Código de Processo Penal de La Nación, da Argentina, obstaculizar o controle de prova pelos demais intervenientes.

Por outro lado, a admissibilidade de uma prova atípica deve estar sujeita a critérios mais rígidos e deve ser marcada pela excepcionalidade. É o que acentuam as relatoras portuguesas. Lembram que a não taxatividade dos meios de prova nâo pode significar a liberdade relativamente aos meios já disciplinados,[24] e, por isso, as formas inominadas devem revestir caráter de excepcionalidade e obedecer a parâmetros de validade mais exigentes do que os das provas tipificadas.

Nenhum país apontou a existência de procedimento probatório tipo que pudesse, em linhas gerais, servir para a obtenção ou a produção de prova atípica. Comum é a remissão a um meio de prova similar para a produção de prova sem procedimento próprio. Na realidade, não haveria aí propriamente atipicidade, pois, com a remissão, o meio de prova previsto está regulado. Quando não há remissão a outro meio de prova, o recurso utilizado para a produção da prova atípica é a analogia, seguindo-se procedimento de meio similar constante do Código de Processo Penal, de legislações processuais penais extravagantes ou de Códigos e legislações processuais de natureza diversa.

24. Germano Marques da Silva, citado pelas relatoras.

Importante é o papel do juiz no exame da admissibilidade de uma prova atípica, principalmente quando envolva restrição a direitos ou garantias, e, ainda, na determinação do rito a ser seguido. Conforme dispõe o Código de Processo Penal do Chile, deve o magistrado determinar a forma de incorporação da prova de forma a adequá-la ao meio de prova mais análogo. No Paraguai, aplica-se, em caso de prova atípica, outro procedimento por analogia, e, na falta de regras semelhantes, incumbe ao juiz estabelecer a forma adequada.

Ressalta o Dr. Pedro Bertolino discussão doutrinária na Argentina. Assim, Palácio entende que os meios de prova não regulados especificamente deverão reger-se pelas regras do meio analogicamente mais próximo. Contudo, para Hall devem eles conservar sua identidade como meios de prova.

Foram vários os exemplos trazidos sobre o uso de analogia para suprir a falta de regulamentação de meios de prova. Cita-se, na Argentina, o recurso à analogia para a realização do reconhecimento de fotografias, do reconhecimento de coisas, usando-se as normas sobre o reconhecimento de pessoas. Também se socorre da analogia para a atuação do intérprete com aplicação das regras sobre perícias. No Brasil, foi mencionada a efetivação do reconhecimento de coisas com base nas regras sobre o reconhecimento de pessoas, conforme remissão contida na própria lei. Lembrou-se caso em Portugal em que se admitiu a prova digital, com recurso à analogia.

9. Os sucedâneos da prova: aspectos gerais

A expressão *sucedâneos da prova* não é utilizada nos países ibero-americanos conforme se extrai dos relatórios, embora sejam citados usos de um meio de prova típico por outro como forma de superação de eventuais limites estabelecidos na legislação para a produção do meio de prova adequado. Outras expressões são usadas para expressar o mesmo fenômeno dos sucedâneos da prova: fungibilidade probatória,[25] produção de prova anômala.

25. LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 8.

Afirmou-se (relatórios da Espanha, Costa Rica, Chile) que, em virtude do acolhimento na legislação da regra da liberdade probatória, estaria excluída a possibilidade de uso de um meio de prova por outro. O relator argentino salientou que, no sentido de substituição de um meio de prova por outro para fundar uma sentença, não haveria como admitir sucedâneos da prova.

O interesse no exame do tema dos sucedâneos da prova ou da fungibilidade da prova está na verificação das hipóteses em que a própria lei acaba autorizando a substituição de uma prova por outra e, ainda, na análise dos casos em que a substituição objetiva burlar as regras sobre admissão ou produção de prova.

Como já se salientou, nos países com procedimentos de três fases, prevalece a idéia de que só é considerada prova aquela produzida na audiência de julgamento. Contudo, ante a dificuldade de que essa regra seja inteiramente cumprida, os códigos acabam permitindo a produção de prova antecipada, a leitura de outras provas anteriormente produzidas e a substituição de depoimentos por testemunhos indiretos de policiais. Por outro lado, no Brasil em que os procedimentos normalmente contêm duas fases e no Uruguai em que são formados de quatro fases, permite-se, na prática, que a sentença considere elementos colhidos diretamente por autoridades policiais, o que também constitui forma de substituir a falta de prova não reproduzida pela anteriormente realizada. Além disso, forneceram os relatórios vários exemplos interessantes de substituição de uma prova por outra.

Aqui, com o objetivo de sistematizar os informes vindos com os relatórios e de facilitar o conhecimento dos tratamentos dispensados ao assunto dos sucedâneos da prova pelos países ibero-americanos, serão referidos inicialmente os países cujos códigos vedam ou não a utilização nos julgamentos de elementos de convicção obtidos em fases anteriores, e, depois, serão vistos os exemplos trazidos de substituição anômala de uma prova por outra.

10. A inexistência de vedação legal para a utilização no julgamento dos elementos de convicção das fases de investigação ou intermediária

Não há vedação para a utilização no julgamento dos elementos de convicção das fases de investigação ou intermediária no Brasil, na Espanha, no Paraguai e no Uruguai. No relatório do Paraguai, houve apenas registro da inexistência dessa vedação. Contudo, nos demais a questão foi objeto de maior atenção.

10.1 Espanha

Muito embora a Exposição de Motivos da Ley de Enjuiciamiento Criminal dê a entender que existiria a vedação de utilização no julgamento de provas anteriormente produzidas, ela não consta de maneira expressa da lei. Contudo, a partir de decisão do Tribunal Constitucional de 21.07.1981, consolidou-se orientação de que "unicamente podem ser consideradas autênticas provas que vinculem os órgãos da justiça penal no momento do sentenciamento, aquelas a que se refere o art. 741 LECr, ou seja, as praticadas no juízo oral."[26]

Informa o relatório que, apesar de a jurisprudência do Tribunal Constitucional só considerar provas as praticadas na fase de julgamento, admite-se que possam ser levadas em conta nos debates e na decisão diligências sumariais reproduzidas no juízo oral quando houver diferença entre as declarações sumariais e as produzidas no julgamento. Poderão ser lidas as declarações feitas por peritos, testemunhas e acusados quando contrariarem os depoimentos feitos na audiência de julgamento; depois da leitura, o presidente convidará a testemunha, o perito ou o acusado a explicar a diferença entre as declarações. Tem havido extensão dessas permissões para as diligências efetuadas pela polícia e pelo Ministério Público.

26. Da relatora, dra. Sara Aragoneses Martinez.

Admite-se ainda a leitura de diligências sumariais de impossível ou de muito difícil reprodução. Prevê-se no processo abreviado a utilização de gravações ou atas sobre provas antecipadas.

Em algumas hipóteses, o conteúdo do "atestado" policial pode ser utilizado no julgamento. Não basta a leitura das diligências e das declarações nele contidas, devendo os policias confirmarem os atos realizados. Também podem ser levados em conta os informes periciais colhidos em gabinetes policiais, especialmente se ratificados no julgamento oral. Admitem-se, ainda, como provas os resultados incontestados de diligências objetivas, quando feitas com observância de todas as garantias, como a apreensão em busca domiciliar. Devem as diligências ser confirmadas em juízo pelos agentes que as realizaram.

Os laudos periciais emitidos por órgãos oficiais, conquanto não reproduzidos ou ratificados, quando não forem contestados pelas partes, têm sido aceitos no julgamento. Consideram-se provas documentais os laudos emitidos por laboratórios oficiais sobre substâncias estupefacientes.

Gozam de presunção de autenticidade os atos de investigação feitos pelo Ministério Público (Fiscal). Não serviriam como prova. Contudo, o Tribunal Constitucional equipara, em certas ocasiões, as investigações feitas pelo Ministério Público com as atuações sumariais, como ocorre nos processos de menores.

10.2 Brasil

No Brasil, tirante os processos de júri, só há duas fases no procedimento: a de investigação e a judicial, sendo que a investigação é feita pela polícia, discutindo-se sobre a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. Terminada a investigação e oferecida a acusação, o juiz deve decidir se a admite, e depois, caso a aceite, será realizada a instrução do processo. Em alguns casos, prevê-se manifestação da defesa após a formulação da acusação e antes de ser esta aceita pelo juiz, sem produção de prova. No júri, há três fases, a de investigação, a intermediária e a do julgamento.

Não há no Brasil regra que imponha a exclusão física dos elementos colhidos no inquérito, os quais são considerados pelo juiz na sentença. Boa parte da doutrina critica a utilização dos elementos de convicção colhidos na fase de investigação para fundar a sentença criminal, pois não constituiriam prova no sentido técnico-processual. Porém, a maioria dos tribunais, embora não aceitem que os informes da fase investigatória se prestem sozinhos para a condenação, admitem que possam ser levados em conta quando confirmados por outros elementos colhidos na fase processual.

Aceita-se a utilização de perícias feitas de maneira cautelar, como é o caso, por exemplo, do exame de corpo de delito ou da perícia para avaliação do valor da coisa furtada ou da potencialidade lesiva de arma utilizada no crime de roubo, não havendo necessidade de os peritos serem ouvidos em juízo.

Nos processos de júri, os elementos da investigação são mencionados livremente pelas partes nos debates e, por isso, são levados em conta pelos jurados. Também podem ser usadas as provas colhidas na fase judicial intermediária.

Há Projeto de Reforma do Código de Processo Penal que estabelece expressamente a vedação de utilização dos elementos da fase investigatória para o julgamento da causa.

10.3 Uruguai

No Uruguai, não há regra expressa vedando a utilização no julgamento dos elementos de convicção colhidos nas fases anteriores – presumario, sumario –, sendo que, na prática forense, normalmente são levados em conta, sem exigência de que os atos sejam repetidos, bastando que deles tenham ciência prévia a defesa e a acusação. É o sistema criticado com a invocação das garantias do Pacto de São José da Costa Rica.

A introdução no julgamento de provas produzidas anteriormente é feita mediante determinação no sentido de que sejam incorporadas à audiência, dando-se

notícia às partes dessa determinação, as quais devem, mediante recurso, invocar a violação das garantias do devido processo e do contraditório se quiserem resistir à incorporação. Isso tudo faz com que se incorpore o que foi produzido por policiais e não por juízes. Acabam sendo escassos os elementos colhidos em etapas posteriores, as quais servem mais para a oposição de argumentos contra o que foi anteriormente obtido. Embora só devesse valer a confissão obtida na presença de defensor, a confissão policial acaba influindo no julgamento por estar presente nos informes colhidos por policiais que são incorporados na audiência.

Em alguns casos, a jurisprudência afirma que não pode a decisão fundar-se em elementos colhidos pela polícia, sendo necessária a reiteração em juízo, como sucede com os testemunhos de filhos dos protagonistas do ilícito penal. O reconhecimento da vítima na polícia é aceito se convalidado em sede judicial. Os ditames ou informes periciais precisam ser ratificados em juízo com possibilidade de controle das partes. As diligências objetivas e de resultados incontestáveis, como as apreensões no local do crime de coisas, dos instrumentos do crime, de armas, de drogas, devem ser confirmadas pelos funcionários policiais que as realizaram.

11. A existência de vedação legal para a utilização dos elementos de convicção de fases anteriores no julgamento

Há vedação expressa de utilização no julgamento dos elementos de convicção de fases anteriores na Argentina (Código de Buenos Aires); na Costa Rica; no Chile; na Colômbia; em Portugal.

Em todos esses países são, contudo, previstas exceções que, com maior ou menor extensão, restringem a proibição referida. Por meio dessas exceções, permite-se que seja a prova anterior incorporada à audiência de julgamento, normalmente, por leitura. Neste sentido, salienta Pedro J. Bertolino, citando o Código de Processo Penal de Buenos Aires, que a incorporação é feita me-

diante leitura da prova produzida anteriormente. No mesmo sentido, dispõe o art. 334, de Costa Rica.

Comumente se autoriza a consideração na audiência das provas antecipadas, produzidas com participação do juiz e das partes em casos de urgência, ante o perigo de perda da prova. Assim, no Chile, admite-se a antecipação de prova para a inquirição de testemunha ou perito em casos de risco de morte, de incapacidade física ou mental ou de outro obstáculo semelhante. Acentua a relatora colombiana, Dra. Angela Maria Buitrago Ruiz, que poderá ser produzida prova antecipada pelo juiz de garantias e com a presença das partes ante motivos fundados de extrema necessidade para evitar a perda da prova. Também no Paraguai, em caso de medidas urgentes, admite-se que o magistrado colha antecipadamente a prova.

Encontram-se também autorizações para leitura na audiência de inquirições anteriores de testemunhas, de peritos e de co-réus fundadas em: acordo das partes, com aquiescência do juiz (Chile, Argentina, Portugal), ausência de quem deveria depor (Chile), residência ignorada de quem deveria depor (Argentina, Chile), motivo difícil de superar para que a pessoa ou perito compareça à audiência e preste depoimento (Chile), não comparecimento do depoente à audiência imputável ao acusado (Chile), revelia de co-réus (Chile, Argentina, Costa Rica), anterior condenação de co-réus (Argentina), anterior absolvição de co-réus (Costa Rica, Argentina), morte da pessoa que iria depor ou falta de condições para que deponha (Argentina, Portugal), anomalia psíquica superveniente de quem iria depor (Portugal), impossibilidade duradoura de prestar depoimento (Portugal), declarações obtidas mediante precatórias (Portugal).

Comum também a permissão de leitura de declarações anteriores, ainda quando a pessoa deponha na audiência de julgamento, com o objetivo de demonstrar contradições ou variações entre as declarações anteriormente colhidas e as prestadas na audiência, ou, ainda, quando a leitura sirva para reavivar a lembrança da testemunha. Admite-se, também, leitura de declarações do argüido, quando ele solicitar, para esclarecer contradições e discrepâncias.

Embora em Portugal não se admita que policiais prestem depoimentos indiretos sobre fatos conhecidos em virtude de declarações por eles colhidas, consente-se, em algumas situações, que prestem depoimentos a respeito desses fatos: quando os tenham conhecido também por outros meios; quando os declarantes ouvidos não possam depor na audiência. Há controvérsia em Portugal sobre a aceitação de depoimentos sobre conversas informais com os argüidos. Não se tem admitido, na Costa Rica, o uso de declarações de policiais que ouviram determinada testemunha, como forma de introduzir o depoimento desta testemunha em juízo.

Como, já na fase de julgamento, podem ocorrer situações semelhantes às acima retratadas e que tornam difícil o depoimento na audiência, aceita-se a produção de prova fora da audiência. Assim, em Portugal, possibilita-se a tomada das declarações antes da audiência porque a pessoa reside fora da comarca, porque a declaração deve ser tomada em seu domicílio, porque há perigo de perda da prova ou da ocorrência de prejuízo para a apuração da verdade.

Corrente é o consentimento de leitura de provas não orais: notícia do crime, documentos, informes, atas de inspeção, inclusive inspeção em veículos, de busca domiciliar, de revistas pessoais, de seqüestros, de reconhecimentos (Costa Rica, Argentina), principalmente quando aludidos pela testemunha na audiência, para verificar contradições, inconseqüências ou omissões (Argentina) ou quando as partes estejam de acordo com a leitura ou não a contestem (Argentina).

Refere-se em Portugal, de forma genérica, à possibilidade de leitura de peças dos autos que não contenham declarações de testemunhas, assistentes, partes civis, argüidos, lembrando as relatoras os autos de perícia.

Menciona a relatora colombiana a prova por referência, definida como "toda declaração realizada fora do julgamento oral e que é utilizada para provar ou excluir um ou vários elementos do delito, o grau de intervenção, circunstâncias, natureza e extensão do dano causado e qualquer outro aspecto substancial do debate, quando não seja possível praticá-lo em juízo."[27] Tem sido aceita excep-

27. Definição de Marin Vasquez, Ramiro, citado pela relatora.

cionalmente, quando presente um dos motivos expressamente assinalados na lei (art. 438, Lei 906/2004): manifestação do declarante de que perdeu a memória, desaparecimento do declarante, morte, grave enfermidade. Pode ser usada também para impugnar a credibilidade da testemunha ou do perito

12. As substituições de uma prova por outra

Os relatórios mencionaram ocorrências de substituição de uma prova por outra, as quais são, a seguir, referidas.

12.1 Substituição de prova testemunhal por prova documental

A substituição mais citada de uma prova por outra é a referente à utilização de uma prova documental para suprir a falta de uma prova testemunhal.

Menciona-se, no Brasil, a juntada de documentos com declarações de pessoas que deveriam, para valerem os seus testemunhos como prova, ser regularmente ouvidas em audiência com participação do juiz e das partes. É o que sucede nos casos em que se traz aos autos documento assinado por pessoas que atestam os bons antecedentes do acusado. Citam os relatores decisão que não admitiu como prova válida a juntada pela defesa de declarações de pessoas sobre os fatos do processo em substituição aos depoimentos que deveriam ter sido colhidos perante o juiz. Contudo, aludem à ocorrência freqüente de tomadas de depoimentos pelo representante do Ministério Público em seu gabinete com posterior juntada dos termos para serem valoradas as declarações como prova documental ou prova testemunhal.

A substituição de prova testemunhal por documento é feita no Brasil para escapar da necessidade de que o depoimento fosse colhido pelo juiz em audiência com a participação das partes e para superar os limites de admissibilidade da prova testemunhal, pois o documento pode ser juntado em qualquer momento do processo, enquanto a prova testemunhal deve ser requerida no início da fase postulatória e deve ser produzida em momentos determinados.

Os relatores brasileiros, Drs. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, criticam a substituição de prova testemunhal por prova documental e distinguem entre o documento e a documentação do ato processual.[28] Salientam que, no caso de substituição de prova testemunhal por documento, não se trata, na realidade, de juntada de prova documental, mas de documentação de um ato unilateral produzido sem o respeito ao contraditório.

Critica o Dr. Javier Llobert Rodriguez a admissão na Costa Rica pela jurisprudência da leitura da notícia do crime na audiência de julgamento ainda quando o *denunciante* não tenha sido ouvido.

12.2 Substituição das declarações de co-réu por prova documental

Menciona-se no Brasil como forma anômala de produção de prova a juntada como prova documental de declarações do co-réu, em casos de delação ou de chamamento de co-réu. Ressalta-se que, em virtude de recente reforma do Código, o advogado do co-réu tem direito a participar do interrogatório e formular perguntas.

Em Costa Rica, as declarações dos colaboradores não podem ser incorporadas, devendo necessariamente declararem de viva voz na audiência de julgamento.

12.3 Substituição de prova documental ou pericial por oral

Cita-se decisão no Uruguai que aceitou prova oral para demonstrar o parentesco entre agente e vítima a fim de ser aplicada agravante em substituição à prova documental. Refere-se ainda admissão de prova testemunhal e de acareação para substituir a prova pericial em caso de determinação de voz em gravação telefônica, em virtude do alto custo da perícia.

28. Trata-se de aspecto cuidado pelo relator, Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em artigo sobre provas típicas e provas anômalas.

Foi citado na Argentina, o caso *María Soledad*, em que a Corte Suprema admitiu o testemunho dos médicos que atuaram como peritos a fim de substituir a falta da prova pericial, anulada por razões formais. Menciona o relator argentino, Dr. Pedro J. Bertolino, que se aplicou a doutrina do *plain view* (Coolidge v. Hampshire), atribuindo-se valor autônomo à percepção de quem interveio no processo judicial em ocasião distinta.

12.4 Os testemunhos indiretos como formas de substituição dos testemunhos diretos

O testemunho indireto é muito aceito. Acima, já se referiu autorização para que os policiais possam se reportar a declarações de testemunhas ou investigados por eles ouvidos, como forma de superar a impossibilidade ou dificuldade de colher o depoimento direto.

É comum no Brasil a utilização dos testemunhos de ouvir dizer. São admitidos depoimentos de policiais sobre declarações feitas pela pessoa presa em flagrante, ainda quando, no interrogatório, ela tenha usado de seu direito ao silêncio. Aceitam-se os testemunhos indiretos de policiais sobre delações de coréu. Criticam os relatores tal prática, pois só deveria valer o depoimento de quem teve percepção originária e direta do fato, não a cognição reflexa.

No Chile, há grande discussão quanto à utilização, pelo Ministério Público, de testemunhas de ouvir dizer, ou seja, a apresentação de policiais como testemunhas que vão a juízo declarar o que ouviram do imputado sobre o fato, buscando superar a falta de declaração do acusado que exercera o seu direito ao silêncio.

Na Costa Rica, não se admitem depoimentos de policiais para introduzir no julgamento os informes colhidos de pessoa que ouviu. Contudo, em virtude do princípio da liberdade probatória, é aceito o confronto entre o que foi dito pela testemunha no juízo oral e contraditório com o que foi declarado antes ao médico

ou ao psicólogo, especialmente em delitos sexuais. Para o relator, Dr. Javier Llobert Rodrigues, trata-se de prática viciada.

Em Portugal, há proibição do testemunho indireto. Quando houver referência a depoimento de outra pessoa, ela deve ser chamada, exceto nos casos em que a inquirição da outra pessoa não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de ser encontrada. Não vale como prova o depoimento de quem se recusar a indicar a fonte do seu conhecimento ou não puder fazê-lo. Pode ser anulada somente a parte do depoimento em que há alusão a conhecimento de outra pessoa.

12.5 Substituição de reconhecimento pessoal por fotográfico ou pelo apontamento do acusado na audiência

Menciona-se a ocorrência no Brasil da substituição do reconhecimento pessoal pelo fotográfico, quando o primeiro não pode ser realizado, o que foi contestado pelos relatores, Drs. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, discutindo-se se, no caso, haveria problema de irritualidade ou atipicidade da prova. Referiu-se também à produção de prova mediante o apontamento do acusado na audiência, dando-se a esse ato o mesmo valor do reconhecimento pessoal formal.

Referem as relatoras, Dras. Rosa Maria Rocha e Teresa Alves Martins, crítica à admissão pelo Supremo Tribunal de Portugal de reconhecimento atípico efetuado em audiência de julgamento sem observância dos formalismos legais para o reconhecimento de pessoas, com invocação do princípio da livre apreciação da prova,[29] embora o Tribunal Constitucional tenha afirmado a impossibilidade de se admitir como prova reconhecimento feito sem a observância dos requisitos legais. Lembra-se que o reconhecimento na audiência tem sido considerado em algumas decisões como meio de identificação e não de reconhecimento, não submetido por isso ao regime deste.

29. A. Median ded Seiça, citado pelas relatoras.

13. As conseqüências processuais do uso de provas atípicas e do uso indevido dos sucedâneos da prova

A prova é ilícita, segundo a maioria dos relatórios, quando realizada com ofensa a normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais ou a regras proibitivas. Segundo magistério de Ada Pellegrini Grinover, baseado em posição de Nuvolone, referido pelos relatores brasileiros, Drs. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a prova ilícita é a que ofende norma material. Cita a relatora colombiana o Dr.Jairo Parro Quijano que define como prova ilícita a que "se obtém violando os direitos fundamentais das pessoas", podendo a violação ter sido feita "para lograr a fonte de prova ou o meio probatório."

Problema diverso é o da admissibilidade da prova e que se coloca no plano processual. Consiste em saber se uma prova, lícita ou ilícita, pode ser acolhida no processo.

Para análise do vínculo entre a atipicidade da prova e a ilicitude ou admissibilidade da prova, mister distinguir entre a atipicidade na produção da prova e a atipicidade na obtenção da prova.

O exame da atipicidade da produção da prova pressupõe a prévia constatação da licitude da prova. Se uma prova é ilícita, nem se discute a sua atipicidade. Como se viu, em virtude da regra da liberdade na produção da prova, são admitidas as provas atípicas. O problema está em verificar, mediante interpretação restritiva, se a prova atípica deveria ser admitida no caso e por que meio seria produzida. Incumbe ao juiz decidir sobre a admissibilidade de prova atípica e sobre a forma de sua produção, que deve seguir um determinado rito: o do meio de prova indicado por uma norma remissiva ou um similar aplicado por analogia. Indicado ou escolhido o procedimento, a desobediência às suas regras, ocasiona irritualidade da prova.

Os meios de investigação ou meios de obtenção da prova servem para descobrir e recolher uma fonte de prova, que será introduzida no processo me-

diante um meio de prova. O vício na obtenção da fonte pode gerar ilicitude, como sucederia, por exemplo, se uma busca domiciliar fosse realizada sem autorização do juiz quando ela é exigida.

No que se refere ao uso de *sucedâneos de prova* como forma de substituir uma prova típica adequada por outra prova típica indevida, o vício é, em geral, posto pela doutrina como de ordem processual, ou seja, de inadmissibilidade da prova anômala. Também já se tem afirmado que se trataria de uma ilicitude decorrente de vício estrutural: o elemento probatório foi licitamente colhido, mas é ilicitamente transportado para fase na qual não pode ser usado.[30] A relatora colombiana, Dra. Angela Maria Buitrago Ruiz, afirma que há atipicidade probatória no caso de uso de uma prova antecipada. Ressaltaram os relatores brasileiros, Drs. Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que os elementos da investigação não são provas ilícitas, nem podem ser considerados provas tecnicamente, e eventual uso desses elementos no julgamento representa problema de ilegitimidade.

Referiram os relatórios que, em caso de ilicitude, seja por disposições legais (Argentina, Chile, Colômbia, Paraguai), seja em virtude de construções jurisprudenciais (Brasil, Espanha, Uruguai), a prova não deve ser admitida e se admitida não poderá ser levada em conta. A forma de impedir a introdução da prova ilícita na audiência é apresentar questão prévia de ilicitude, exigindo-se o prévio pronunciamento do juiz. Admite-se, ainda, protesto na própria audiência. Se a prova ilícita foi introduzida na audiência e levada em conta no julgamento, será possível recurso.

Acentuou a relatora espanhola, Dra. Sara Aragoneses Martinez, que a parte poderá pleitear a declaração de inadmissibilidade da prova como questão

30. Novella Galantini. Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie. In: Giulio Uberts (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 173-174, afirma que há uma ilicitude fissiológica na inobservância de regras estruturais do procedimento. Salienta que a inidoneidade está no transporte do ato para fase processual posterior porque seus "fins e efeitos" estão "limitados à fase para a qual está predisposto." Não se cuida, então, de "um vício em sentido técnico", mas de uma proibição de utilização do ato em fase posteior do processo.

prévia ou de prévio pronunciamento, mas, como é difícil saber desde logo se a prova é ilícita, a questão se coloca muitas vezes na sentença; cabe ao juiz explicitar na sentença porque não leva em conta a prova; se a considerar, cabe recurso contra a sentença.

Ressaltaram as relatoras portuguesas, Dras. Rosa Maria Rocha e Teresa Alves Martins, que se distingue entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova. Divide-se a primeira categoria em: proibição de temas de prova; proibição de meios de prova; proibição de métodos ou meios de obtenção de prova. Distingue-se entre as proibições absolutas (tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral) e proibições relativas (intromissão abusiva no domicílio ou na vida privada). Nem sempre a violação de regra de proibição de prova implica proibição de valoração da prova.

Foram duas as soluções aventadas nos relatórios para os casos em que a sentença funda-se em prova ilícita: *a)* anular a sentença e determinar novo julgamento; *b)* manter ou alterar a sentença, julgando o recurso como se a prova inexistisse.

Ressalta o relator de Costa Rica que a incorporação ilegal de prova produzida na fase de investigação ou intermediária dá origem a vício de fundamentação da sentença, que poderá ser reclamado por um recurso de cassação, levando a que seja anulada, ordenando-se a realização de novo juízo oral.

No Brasil, se a sentença levar em conta uma prova ilícita, deve ser vista no recurso a sua influência no resultado do processo. O tribunal julgará o recurso como se a prova ilícita inexistisse, reformando a sentença quando, sem a prova ilícita, outra teria sido a decisão. No júri, ante a impossibilidade de controle sobre a decisão dos jurados, que é imotivada, entende-se que o julgamento deve ser anulado e deve haver exclusão da prova ilícita, para não influir no novo julgamento.

Aspecto importante é o da extensão da ilicitude à prova derivada. A Dra. Sara Aragoneses Martinez afirma que, no sistema espanhol, a ineficácia pode se estender a outras provas, desde que haja uma conexão natural ou causal e antijurídica entre a prova ilícita e a derivada. As exceções são: não haver conexão

causal ou haver independência jurídica com o fato constitutivo da lesão de direito fundamental; as descobertas casuais ou eventuais. Há na Colômbia atenuação do princípio de exclusão no que se refere à prova ilícita derivada, devendo-se, no juízo de admissibilidade, levar em conta os seguintes pontos para a sua aceitação: o vínculo atenuado, a fonte independente, o descobrimento inevitável. Contém o Código de Córdoba da Argentina norma que estende a ineficácia a todas aquelas provas que não seriam obtidas sem a violação realizada e constituem conseqüência necessária dela. A partir do caso *Charles Honos* a suprema corte daquele país passou a adotar a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Outro ponto relevante é o da exclusão da prova ilícita ou derivada. Salienta a Dra. Angela Maria Buitrago Ruiz que, na Colômbia, se aplica o princípio da exclusão das provas ilícitas, justificando-o como forma de correção do comportamento do Estado na atividade que deve desenvolver. É o princípio uma sanção ao próprio Estado que não respeitou as regras mínimas para atuação correta e regular. A cláusula de exclusão tende a dissuadir a utilização de procedimentos ilegais para a produção de prova. Abrange os momentos de obtenção de prova. A cláusula tem assento constitucional (art. 29), estando os seus princípios retores na Lei 906/2004. Afirma-se, na Constituição e na lei, que a prova obtida com violação das garantias fundamentais será nula de pleno direito, pelo que deverá ser excluída do processo. Também serão excluídas as provas que sejam conseqüência das provas excluídas, ou as que somente se podem explicar em razão de sua existência.

14. Conclusões

As conclusões abaixo constituem ilações extraídas da análise feita dos relatórios apresentados, nos quais está assentado esse relatório geral.

1. Os temas da tipicidade da prova e dos sucedâneos da prova não são objeto de estudo especial por parte da doutrina ibero-americana e não são cuidados, com essas denominações, nos textos legais, embora os fenômenos por eles retratados,

por estarem presentes nos processos criminais, não escapem ao exame necessário dos processualistas e da jurisprudência: a necessidade de produção de provas não previstas ou não regulamentadas (fenômeno da atipicidade) e a utilização de uma prova por outra ou o uso anômalo de prova produzida em fases anteriores na etapa do julgamento (fenômeno dos sucedâneos da prova).

2. Um estudo sistemático da atipicidade da prova deve abranger a atipicidade dos meios de produção de prova e a atipicidade dos meios de obtenção de prova.

3. A prova é atípica quando não é prevista ou quando, apesar de prevista, não está regulada quanto à forma de sua produção.

4. As provas típicas clássicas ou comuns apontadas foram a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial, o interrogatório e os reconhecimentos. Contudo, em relação ao interrogatório, manifestou-se nos relatórios forte entendimento de que não é meio de prova, mas ato de defesa, e, no tocante ao reconhecimento, de que não constituiria meio de prova autônomo, mas misto. Liga-se ao interrogatório a confissão que não se considerou como meio autônomo de prova, pois a confissão judicial ocorre no interrogatório e a confissão extrajudicial é introduzida no processo pela juntada de um documento.

5. Os principais problemas levantados a respeito da prova testemunhal giram em torno dos depoimentos de testemunhas não identificadas ou "sem rosto" (não vistas durante os depoimentos), cujos dados são de conhecimento reservado, de depoimentos de co-réus, de colaboradores, de arrependidos, de agentes encobertos.

Não há atipicidade nos depoimentos de pessoas não identificadas, ou não vistas enquanto prestam declarações, quando autorizados legalmente. Quando não for permitido o depoimento, mas, assim mesmo, a prova se produzir sem a identificação ou sem a visualização de quem declara, o problema é de irritualidade, ou seja, de inobservância das regras de produção de prova típica.

A admissão de depoimentos de pessoas não identificadas liga-se à aceitação dos testemunhos anônimos que tanto preocuparam o direito processual

antigamente e, agora, ressurgem em virtude de normas que visam ao combate da criminalidade violenta, da criminalidade organizada, do terrorismo.

Alguns dos problemas indicados em relação aos depoimentos de testemunhas, de co-réus, de colaboradores e de arrependidos traduzem questões de substituição de uma prova por outra, não de atipicidade. É o que sucede quando os depoimentos são substituídos por documentos que contêm as declarações prestadas e são lidos na audiência ou quando são substituídos por depoimentos indiretos dos policiais que tomaram as declarações e a elas se referem na audiência.

A atuação do agente encoberto melhor se enquadra na categoria dos meios de obtenção de prova ou meios de investigação de prova.

Importa discutir se esses meios ou formas extraordinários de obtenção ou produção de prova, como o da atuação do agente encoberto, a infiltração policial, usando terminologia citada por Pedro J. Bertolino, não ofendem os postulados do devido processo penal.

6. Os problemas de atipicidade da prova pericial derivam do fato de serem realizadas perícias não regulamentadas, ou seja, perícias atípicas, como, por exemplo, a perícia de reconhecimento de voz. Os relatórios informam a existência de normas genéricas sobre a produção das perícias e a previsão de procedimentos específicos para algumas perícias, mas, principalmente ante o desenvolvimento tecnológico e as novas técnicas de investigação, referem a necessidade de realização de perícias não reguladas. Seguem-se nesses casos as regras genéricas sobre a prova pericial e, se existente, forma análoga de produção da prova. O problema é muitas vezes mais de ordem técnica, ou seja, sobre a maneira de se realizar a perícia, do que jurídico.

7. Não são normalmente regulados todos os tipos de reconhecimento e, por isso, foram apontados reconhecimentos atípicos, como o reconhecimento de fotografia, o reconhecimento de voz. Além disso, mostraram os relatórios ser comum a aplicação do procedimento relativo a um tipo de reconhecimento a outro por expressa remissão da lei, hipótese em que, na realidade, não existiria uma prova atípica.

O apontamento do acusado na audiência foi lembrado como prática atípica de reconhecimento pessoal, hipótese de irritualidade na realização de reconhecimento pessoal, ou, ainda, como forma de identificação do acusado, diversa do reconhecimento.

8. É na prova documental que se concentra a maioria dos problemas de atipicidade ou de substituição de prova. É, normalmente, amplo o conceito de documento, abrangendo toda forma de registro das atividades humanas, como os escritos, as gravações em disquete, em CD, DVD, as gravações de som e de imagem, os filmes, os mapas, as radiografias, as reproduções.

Ainda, há íntima conexão entre o documento e outros meios de prova. Por meios de investigação ou de obtenção de prova (buscas domiciliares, quebras de sigilo, interceptações telefônicas) descobrem-se e se recolhem as fontes de prova (sangue do suspeito, registros bancários, diálogos feitos pelo investigado), sendo os resultados dessas diligências materializados em documentos (autos, termos, degravações, extratos bancários), os quais, muitos vezes, são submetidos a perícias (contábeis, de verificação de identidade em exames de DNA) ou reconhecimentos (objeto apreendido, cadáver).

Por outro lado, indicou-se como maneira comum de introduzir uma prova anterior na audiência de julgamento o seu uso como prova documental. Apontou-se que, em determinados casos, em vez de ser colhido um depoimento em juízo, mediante contraditório, junta-se documento com as declarações da pessoa que deveria ser ouvida, colhidas fora do processo, como, por exemplo, declarações tomadas em gabinetes do Ministério Público.

9. Embora referidas nos sistemas as provas típicas consistentes em acareações, em indícios, em presunções, em reconstruções do fato, afirmaram alguns relatores que não configuram, na realidade, meios de prova ou representam conjugação de meios comuns de prova.

10. É vasto o campo dos meios de pesquisa, ou meios de investigação, ou meios de obtenção de prova, englobados, em linhas gerais, em quatro grupos: *a)*

os exames, as vistorias, as revistas; *b)* as buscas, apreensões, o seqüestro; *c)* as interceptações, as escutas; as quebras de sigilo; *d)* as ações encobertas. Distinguem-se dos meios de produção de prova, pois se destinam, especificamente, à descoberta e recolha de fontes de prova.

Surgem em relação às formas de descoberta de fontes de prova diversos problemas de atipicidade ou de irritualidade, em virtude do aparecimento de novos meios de investigação ou do abusivo uso de meios existentes. Enquadram-se, aqui, a infiltração policial, as ações encobertas, as quebras de sigilos, as interceptações, as gravações. Devem o uso e a avaliação desses meios de busca de prova ser feitos com cautela, tendo em conta que, em regra, representam sérias restrições aos direitos individuais.

11. A videoconferência é admitida legalmente na maioria dos países e, quando não prevista, é aceita pela jurisprudência, como forma de proteção da testemunha ou do perito ou maneira de evitar o deslocamento de presos. Contudo, foram feitas e indicadas críticas ao uso de videoconferência, principalmente porque dificulta a ampla defesa, impede o contato direto do juiz com a prova.

12. Admite-se, em todos os países, a produção de prova atípica com base na regra da liberdade de prova, na norma da não taxatividade dos meios de prova, no princípio da verdade material. A produção de prova atípica está sujeita a limites. Não pode ser prova ilícita. A sua colheita deve seguir as regras de um procedimento destinado a meio semelhante, aplicado em virtude de remissão feita pela lei ou de analogia. Incumbe ao juiz resolver sobre a admissibilidade do meio de prova atípico e indicar o rito a ser seguido quando isso não foi feito pelo legislador.

13. A expressão sucedâneos da prova não é utilizada nos países ibero-americanos, embora os fenômenos de que os sucedâneos tratam sejam realidades nos processos criminais, como o uso de um meio de prova por outro como forma de superação de eventuais limites estabelecidos na legislação para a produção do meio adequado e a utilização anômala no julgamento de provas colhidas em fases anteriores. Outras expressões são também usadas para expressar os mes-

mos fenômenos dos sucedâneos da prova: fungibilidade probatória ou produção de prova anômala.

14. Há países que não vedam a utilização na audiência de julgamento dos elementos de convicção das fases de investigação ou intermediária, como o Brasil e Uruguai, e, por isso, são normalmente levados em conta nas decisões finais dos processos. Na Espanha, embora inexista a vedação, a jurisprudência impede que sejam considerados no julgamento elementos anteriormente colhidos. Contudo, tanto na Espanha, como nos países em que há vedação expressa, são permitidas em várias situações a introdução na audiência de julgamento de elementos das fases anteriores, com o consentimento de que sejam: consideradas as provas antecipadas; lidos depoimentos e declarações que, por motivos diversos, não podem ser repetidos; lidos depoimentos que estão em contradição com os produzidas na audiência de julgamento; relatados em depoimentos indiretos de policiais fatos que conheceram ao ouvirem investigados e testemunhas; lidas provas não produzidas de forma oral, como as periciais, os exames, as vistorias.

15. Foram vários os exemplos coletados de substituição de uma prova por outra:

a) substituição de provas testemunhais por documentais, como, por exemplo, nos casos de juntada das declarações de pessoas ouvidas fora do processo, a fim de que sejam aceitas como provas documentais, em substituição às provas testemunhais que deveriam ser produzidas pelo juiz em audiência contraditória;

b) substituições de declarações de co-réus por provas documentais;

c) substituição de prova documental por oral, nos casos em que a lei exige prova documental, como sucede na demonstração de relações de parentesco entre agente e vítima;

d) substituição de testemunhos diretos por testemunhos indiretos, como ocorre nos casos de policiais que substituem as declarações de testemunhas, colaboradores ou co-réus por relatos do que ouviram dessas pessoas;

e) substituição de perícia anulada por declarações de peritos;

f) substituição de reconhecimento pessoal pelo reconhecimento fotográfico ou pelo apontamento do acusado na audiência.

16. As conseqüências da atipicidade dos meios de produção de prova são de ordem processual e se referem à admissibilidade do meio atípico e à forma de produção da prova. No que se refere à atipicidade dos meios de obtenção de prova, haverá ilicitude quando a restrição a direito individual para a descoberta e a recolha da prova seja feita sem a observância das normas constitucionais ou de regras de proibição. A substituição de uma prova por outra é, normalmente, problema de validade da prova. O uso anômalo no julgamento de prova produzida em fase anterior tornaria inválida a sentença, embora já se refira a esse fenômeno como uma ilicitude de natureza estrutural.

A ilicitude na obtenção de prova leva a que a prova não possa ser introduzida no processo e, se introduzida, a que não seja levada em conta no julgamento. Duas soluções foram apresentadas nos relatórios em relação à sentença fundada em prova ilícita: a sentença deve ser anulada e ser feito novo julgamento; a sentença deve ser reformada se, sem a prova ilícita, ela não se sustenta no restante da prova produzida.

A ilicitude da prova contamina a prova derivada, embora existam regras que permitem a adoção, em alguns casos, da prova derivada: vínculo atenuado da prova derivada com a prova ilícita; descoberta da prova derivada por fonte independente daquela que levou à prova ilícita e descobrimento inevitável da prova derivada.

A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público

Cezar Roberto Bitencourt
Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha.
Professor do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

Sumário: 1. Considerações preliminares – 2. Ilegitimidade de investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público – 3. A investigação criminal e o exercício da função de Polícia Judiciária – 4. Unilateralidade das investigações do Ministério Público: distanciamento da busca da "verdade real" – 5. Poderes investigatórios do Ministério Público em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas – 6. Os "mistérios" do Ministério Público investigador – 7. A doutrina dos poderes implícitos – 8. A Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público e sua inconstitucionalidade – 9. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da ilegitimidade do Ministério Público para realizar investigação criminal.

Resumo: É questionável a legitimidade das investigações criminais feitas pelo Ministério Público. O art. 129 da CF/88 não conferiu esses poderes a ele. O fato de dispensar a obrigatoriedade do inquérito policial em situações específicas, não significa que em conseqüência, o *Parquet* pode investigar diretamente, porque essa dispensa está condicionada ao oferecimento da representação com "elementos que o habilitem a promover a ação penal" (art. 39, § 5.º do CPP). Sem esses elementos, a CF/88, art. 129, VIII, autoriza-lhe a requisitar a instauração do inquérito que será feito pela policia judiciária. É também questionável a constitucionalidade da Resolução 13, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que pretende regulamentar os poderes de investigação do MP que é contrária ao art. 22, I da CF/88, sobre legislação em matéria processual penal.

Abstract: It is disputable the legitimacy of criminal investigations made by Public Ministry. The art. 129 of the Federal Constitution didn't confer these powers to Public Ministry. The fact of dismissing the obligation of police inquiry in specific situations doesn't mean that, in consequence, *Parquet* can investigate it directly. Therefore this dismiss is conditioned to the offering of the representation with "elements that enable it to promote the penal action" (art. 39, § 5.º of Penal Process Code). Without these elements, the Constitution, art. 129, VIII, authorizes it to request the instauration of inquiry that will be done by the judicial police. It is also disputable the constitutionality of Resolution 13, edited by the National Council of Public Ministry which intends to regulate the investigation powers of Public Ministry that is contrary to the art. 22, I of the Federal Constitution, about legislation on penal process topic.

Palavras chaves: Ministério Público – Investigação inconstitucional – Ilegitimidade investigatória – Usurpação de poderes – Polícia judiciária.

Keywords: Public Ministry – Unconstitutional investigation – Investigation illegitimacy – Encroachment of powers – Judicial police.

1. Considerações preliminares

Nos últimos tempos, ganhou relevo nacional o questionamento sobre a inconstitucionalidade e conseqüente ilegitimidade das investigações criminais que, principalmente, nos casos rumorosos tem sido realizado, diretamente, pelo Ministério Público, tanto no plano federal quanto estadual.

O Ministério Público passou a realizar diretamente investigações criminais, especialmente naqueles casos midiáticos ou nos que são rotulados como rumorosos, sem requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito.[1] Sustenta, em

1. VIEIRA, Luís Guilherme. O Ministério Público e a investigação criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46. São Paulo, ano 12, p. 308, jan.-fev. 2004.

síntese, que como titular da ação penal pública, não pode ser – e nunca foi – mero expectador inerte durante a realização do procedimento preliminar, razão pela qual pode não apenas requisitar diligências à autoridade policial, mas realizá-las diretamente, pois quem pode o mais, pode o menos, alega.

Trata-se de questão constitucional de alta relevância: afinal, sob o império da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público tem poderes investigatórios na esfera criminal? As investigações criminais realizadas diretamente pelo Ministério Público revestem-se de validade, de molde a legitimar, com base na própria investigação, propor ação penal pública? Pode o Ministério Público, arregimentar os fundamentos e elementos probatórios, unilateralmente, para si próprio propor a ação penal pública?

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua constituição plenária, na sessão realizada em agosto do ano de 2004, manifestou-se, à unanimidade, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público. Reforçando o reconhecimento dessa inconstitucionalidade, no inquérito 1.968-DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, subscreveram memoriais as seguintes entidades: Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCcrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec).

Esses dois fatos que acabamos de mencionar, dão a dimensão da gravidade e da relevância do tema, que ultrapassa eventual disputa de poder em favor desta ou daquela instituição. Nessa linha, importa tão-somente estabelecer um marco constitucional, preservando a manutenção do equilíbrio entre os órgãos integrados na persecução penal estabelecido na Carta Magna, além de assegurar o respeito aos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

O debate ganhou grandes proporções mais recentemente, a despeito de tratar-se de tema antigo, ante o esforço do Ministério Público em demonstrar que

a Constituição Federal atribuiu-lhe poderes investigatórios em matéria criminal. No entanto, o próprio Ministério Público reconhece, ao menos tacitamente, a inexistência dessa atribuição defendendo a necessidade de aprovação de Emenda Constitucional para tal fim. Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional, com esse objetivo, a PEC 197/2003.

Os fundamentos jurídicos, basicamente, apontados pelos defensores dos poderes investigatórios do Ministério Público, na ordem jurídica vigente, em síntese, são os seguintes:

1. A segurança pública e a apuração das infrações penais não são atribuição exclusiva da Polícia Judiciária;

2. O art. 129 da CF/88 inclui em seus vários incisos, entre as atribuições do Ministério Público, a investigação criminal;

3. O inquérito policial é facultativo e dispensável para o exercício da ação penal;

4. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público da União contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida instituição;

5. O Ministério Público, ao investigar, não assume ações unilaterais da acusação, de forma a alhear-se à *verdade real*;

6. Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros atribuem ao Ministério Público poderes de investigação no âmbito processual penal.

7. Por fim, nessa reta final, com uma campanha maciça e mais agressiva, esta veiculou nos meios de comunicação, especialmente em São Paulo, o seguinte slogan: "com o Ministério Público não há Mistério". Esse slogan traz em seu bojo, insinuando-se que em outras instituições falta transparência, eficiência e confiabilidade.

Atendendo, especificamente, a consulta que nos feita, passamos a examinar, no plano teórico, os aspectos que consideramos mais relevantes dessa *vexato quaestio*.

2. Ilegitimidade de investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público

A leitura do art. 129 da CF/88 permite constatar, de plano, que não foi previsto o poder de investigar infrações penais, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria *legislar* sobre matéria que o constituinte *deliberadamente* não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumento *a fortiori*, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.[2]

Não se poderia conceber que o legislador constituinte assegurasse expressamente o poder de o Ministério Público requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial e, *inadvertidamente*, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o *Parquet* com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia Judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF/88.

Ademais, fazendo-se uma pequena retrospectiva sobre a elaboração da norma constitucional citada, constata-se que as propostas de introdução de texto

2. SILVA, José Afonso da Silva. Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público. Entendimento do art. 129, VII, da CF/88. Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais. Competências exclusivas das polícias. *Revista ADPESP*, ano 17, n. 22 – dez. 1998, p. 19 e ss.: "Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado".

específico versando sobre a condução de investigação criminal pelo Ministério Público foram todas rejeitadas. Em outros termos, trata-se de uma firme, refletida, sensata e deliberada opção da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 de não atribuir poderes investigatórios criminais ao Ministério Público.

Nesse sentido, merece ser destacado o entendimento sustentado pelo Ministro Nelson Jobim, contido no RHC 81.326-7-DF, que está expressado nos seguintes termos:

"Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. (...)

Nesse sentido, leio voto que proferi no RE 233.072, do qual fui relator para o acórdão:

'(...) quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo Ministério Público.

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado'" (2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.2003, *DJ* 01.08.2003).

Em outras oportunidades, como na seguinte, o STF já decidiu que o Ministério Público não tem poderes para realizar investigação criminal, cabendo tal atribuição à Polícia Judiciária:

"Constitucional. Processual penal. Ministério Público. Atribuições. Inquérito. Requisição de investigações. Crime de desobediência. CF/88, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1.º e 4.º. I – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF/88, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes a apuração de infrações penais, mesmo porque *não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF/88, art. 144, §§ 1.º e 4.º)*. Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. R.E. não conhecido." (grifos nossos). (2ª T., RE 205.473-AL, rel. Min. Carlos Velloso, j. 15.12.1998, *DJ* 19.03.1999, p. 19.)

Portanto, o inciso VI do art. 129 do texto constitucional, que diz respeito à expedição de notificações, pelo órgão ministerial, nos procedimentos administrativos de sua competência (como os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção), a fim de requisitar informações e documentos para instruí-los, não se refere à atuação do Ministério Público nas investigações criminais. O mesmo ocorre com referência ao inciso IX[3] do mesmo dispositivo constitucional, cujas atribuições ali mencionadas, não podem ser estendidas para abranger também a investigação criminal. Invoca-se, nesse sentido, o magistério de Ada Pellegrini Grinover que, com a acuidade que lhe é peculiar, conclui:

"Não tenho dúvida de que o desenho constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Civis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144). Parece-me evidente, também, que a referida exclusividade se refere à repartição de atribuições entre Polícia da União e Polícia Estadual, indicando a indelegabilidade das funções da primeira às Polícias dos Estados."[4]

Na realidade, a Constituição Federal distinguiu, com precisão, em incisos diferentes, a atuação ministerial em procedimentos administrativos de sua competência, como, por exemplo, o inquérito civil, daquela referente à investigação criminal, limitando, nesse caso, a atividade do Ministério Público à requisição de inquérito policial e de diligências investigatórias. No mesmo sentido, vale a pena destacar a seguinte passagem do erudito parecer emitido pelo Prof. José Afonso da Silva, a pedido do IBCcrim, que sustenta, *in verbis*:

"Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado,

3. "Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)".

4. GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 145. São Paulo, dez. 2004. v. 12, p. 4-5.

como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado."

Não se pode conceber, *venia concessa*, um Ministério Público *polícia*, quando a própria Constituição Federal atribui-lhe, dentre tantas atribuições, a de exercer o controle externo desta. Ficaria sem sentido outorgar o poder de controle externo a um órgão para controlar a própria atividade desenvolvida, pois, nesse caso, o controle externo caberia necessariamente a órgão diverso, posto que do contrário tratar-se-ia de *controle interno*, que sempre existe em toda administração pública. Isso, gize-se, não diminui a importância do Ministério Público, titular da *opinio delicti*, nessa fase preliminar, contudo, sempre como assistente, acompanhando a investigação, sem, contudo, substituir a polícia, instituição verdadeiramente encarregada da direção e presidência do procedimento investigatório. À autoridade policial caberá, não há menor dúvida, com exclusividade, a direção de tais investigações, nos termos do art. 144, § 1.º, IV da CF/88.

Segundo integrantes do Ministério Público, sua Lei Orgânica Nacional, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público da União e dos Estados contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida Instituição.

No entanto, ao contrário do que pretende o *Parquet*, examinando-se os diplomas legais mencionados, mais uma vez se comprova que, nem mesmo as ditas Leis Orgânicas, que regem as atividades do Ministério Público, dispõem sobre os pretensos poderes investigatórios na esfera criminal. O prurido dos legisladores infra-constitucionais não lhes recomendou que atribuíssem poderes investigatórios ao Ministério Público, porque esbarrariam no vício da inconstitucionalidade.

Com efeito, nem mesmo as Leis Orgânicas que regem as atividades do Ministério Público dispuseram sobre tais poderes desse órgão, na esfera processual penal. Realmente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12.02.1993), em seu art. 25, IV e art. 26, I, que relaciona, entre as funções ministeriais, a promoção e a instauração do inquérito civil, não faz qualquer menção sobre essa

possibilidade relativamente ao inquérito policial, ou qualquer investigação criminal comandada pelo *Parquet*. Pelo contrário, quanto a estes limita-se a estabelecer, no art. 26, IV, que poderá o Ministério Público "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal", *isto é*, "podendo acompanhá-los", mas não os presidir, isolada ou cumulativamente. Não se afasta, assim, e nem poderia fazê-lo, da previsão constitucional. E, convenhamos, requisitar diligências investigatórias e/ou instauração de inquérito, não se confunde com *poder* para o Ministério Público investigar diretamente a existência de infrações penais. No mesmo sentido, em parecer emitido para o IBCcrim, referindo-se ao controle externo da atividade policial, pelo Ministério Público, é incensurável a conclusão do emérito professor da USP, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*:

"Ora, se a Constituição dá ao Ministério Público o poder de 'requisitar a instauração de inquérito policial' é porque obviamente não lhe dá o poder de realizar a investigação criminal que se faz por meio de tal inquérito. Se o Ministério Público pudesse realizar tal inquérito, para que autorizá-lo a requisitar a sua instauração?".[5]

Não se pode perder de vista, ademais, que o verbo nuclear do art. 7.º da LC 75/93 é "requisitar", e tais requisições destinam-se à autoridade policial, que procederá às investigações ou instauração de inquérito, cabendo ao Ministério Público, se o desejar, acompanhar tais diligências, visto ser o destinatário das mesmas.

É falaciosa, por outro lado, a tese do Ministério Público – constituindo forma dissimulada de burlar o texto constitucional – pretender iniciar investigação através de inquérito civil, para, ao final da apuração, dar ao conteúdo investigado conotação penal e, com base nele, oferecer denúncia. Não existe nada no texto constitucional que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir investigação

5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder investigatório do Ministério Público* (parecer inédito).

criminal, ao contrário das pretensões do *Parquet*. "Embora o tenha feito – como destaca José Afonso da Silva[6] – por via do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato 98/96 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal".

Extremamente elucidativo, nesse particular, a seguinte síntese de Luis Guilherme Vieira que, subscrevemos, e, por sua pertinência, importante transcrevê-la, *in verbis*:

"O próprio Supremo Tribunal Federal quando abordou o tema, pela vez primeira, no RE 205.473-9[7] interposto pelo Ministério Público, contra concessão de *habeas corpus* pelo TRF da 5ª Reg., trancando a ação penal. Na oportunidade, o Juiz Lázaro Guimarães, relator do *writ*, afirma que não se compreendia 'o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, da CF/88). De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, da CF/88'. A hipótese era de ação penal por desobediência, a qual foi considerada não ocorrente e o recurso extraordinário não foi conhecido, em julgamento datado de 15.12.1998, com parecer, nesse sentido, do então Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles. Na ementa, contudo, o eminente relator do recurso, Min. Carlos Velloso, consignou sua desaprovação às investigações criminais realizadas pelo Ministério Público: 'não

6. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 19 e ss.

7. STF, 2ª T., RE 205.473-9/AL, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 19.03.1999, Ementário 1943-2.

cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial'".[8]

Enfim, observa-se que as normas regentes da matéria, em qualquer esfera, constitucional ou não, se mostram coerentes em tudo permitir ao Ministério Público, em termos de inquérito e ação civil públicos, não se estendendo, deliberadamente, à área criminal, restando, por conseguinte, os chamados *procedimentos investigatórios/ administrativos criminais* completamente ao desamparo da lei e da constituição.[9] Por partilhar do mesmo entendimento, não há como deixar de subscrever a impecável conclusão de Ada Pellegrini Grinover, nos seguintes termos:

"Nessas condições, não me parece oportuno, no atual sistema brasileiro, atribuir funções investigativas ao MP. Em primeiro lugar, por uma razão prática: o *Parquet*, declaradamente, não tem estrutura para assumir todas as investigações relativas a determinados crimes, sem proceder a uma insustentável seleção de casos. Em segundo lugar, em nome da busca da maior eficácia possível nas investigações criminais: para tanto, é necessário que Polícia e MP deixem de digladiar-se, querendo para si uma atribuição que, isoladamente, será sempre insatisfatória. É preciso que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, como tem ocorrido em alguns casos, com excelentes resultados. É mister que Polícia e MP exerçam suas atividades de maneira integrada, em estreita colaboração. E é necessário promulgar uma nova lei sobre a investigação criminal, que substitua o inquérito policial burocrático e ineficiente de que dispomos, estimulando a atividade conjunta da polícia e do MP".[10]

Sintetizando, os próprios termos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não atribuem poderes investigatórios ao aludido órgão, na esfera criminal. Não há na Constituição, repetindo, nada que autorize o Ministério Público a presidir investigação criminal.

8. VIEIRA, Luís Guilherme. Op. cit., p. 347-348.
9. Idem, ibidem, p. 344.
10. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 4-5.

3. A investigação criminal e o exercício da função de Polícia Judiciária

Para sustentar os poderes investigatórios do Ministério Público, argumenta-se que no ordenamento jurídico nacional, a Polícia Judiciária não tem a exclusividade da investigação criminal, na medida em que outros órgãos diversos dela podem exercer funções investigatórias. Constata-se tais circunstâncias, por exemplo, em relação às CPI e aos delitos praticados por membros da Magistratura, que são investigados pela autoridade judiciária, bem como nos delitos atribuídos aos membros do *Parquet*, que são apurados pela própria Instituição. Outros exemplos ainda se podem agregar, como no caso das investigações realizadas pela Receita Federal ou pelo Banco Central, que investigam irregularidades administrativas ou mesmo financeiro-tributárias, próprias de suas atribuições; quando encontram, contudo, possíveis indícios da existência de crimes, encaminham referidos expedientes ao Ministério Público. Fácil perceber, portanto, que tais órgãos não têm atribuições investigatório-criminais, principalmente acompanhados de poder coercitivo, tanto que o surgimento de indícios da existência de crimes determina o encaminhamento de seus expedientes ao MP, que é o titular da ação penal.

Os exemplos citados, por outro lado, constituem claras exceções à regra geral, consubstanciada no art. 144 e §§ da CF/88, e no art. 4.º, *caput* do CPP, que é a apuração das infrações penais pela Polícia Judiciária. As exceções a essa regra geral dependem, obrigatoriamente, de expressa previsão legal, o que não se verifica no caso de poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público, como reconhece José Afonso da Silva,[11] *in verbis:* "Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público". No mesmo sentido, é a orientação adotada

11. SILVA, José Afonso da. Op. cit.

por Ada Pellegrini Grinover:[12] "A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita".

Por fim, o fato de ser o inquérito policial *facultativo* e dispensável para o exercício da ação penal por parte do MP não tem extensão que permita sustentar, a partir desse enunciado, o reconhecimento da existência de poderes investigatórios penais atribuídos ao órgão ministerial.

Com o efeito, se o Ministério Público dispuser de elementos probatórios suficientes, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, § 5.º, do CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, a obrigatoriedade do inquérito policial, não significa, que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. A dispensa de inquérito policial, gize-se, está condicionada a serem oferecidos com a representação, "elementos que o habilitem a promover a ação penal" (art. 39, § 5.º do CPP), devendo oferecer, nesse caso, a denúncia em quinze dias. Alguns aspectos, nesse contexto, afastam interpretação que leve a admissão da possibilidade de o MP investigar diretamente: primeiramente, o fato de o CPP ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, "com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal", significando dizer que a falta de tais elementos não autorizam a proposição da ação penal. E mais: nesses casos, não autorizam nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além determinar que se abstenha de investigar

12. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 4.

ele próprio. Aliás, se o desejasse, seria a grande oportunidade para o legislador ter atribuído ao *Parquet* os discutidos *poderes investigatórios*, bastando ter consignado no texto legal o seguinte: "se com a representação não forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o Ministério Público poderá diligenciar para obtê-los". No entanto, conscientemente, o legislador não o fez, e deixou de fazê-lo deliberadamente, por que não achou conveniente atribuir essa atividade a um órgão que é o titular da ação penal e, portanto, parte acusatória, para evitar a disparidade de armas entre acusação e defesa na relação processual penal.

Não dispondo dos elementos probatórios necessários, contrariamente ao almejado pelo Ministério Público, a Constituição, em seu art. 129, VIII, autoriza-lhe requisitar a instauração do inquérito, que ficará a cargo da Polícia Judiciária. São, como vimos sustentando, coisas completamente distintas. A investigação criminal pelas polícias civis (federal e estaduais), como regra, é imposição do *princípio da legalidade*, sob a ótica administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente poderá agir diante de texto de lei que a autorize. Ademais, é direito do cidadão e da sociedade saber, com antecedência, a quem incumbe investigar determinada infração penal, respaldado pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais. Esse direito é decorrência natural da segurança jurídica, que deve ser preservada nos Estados Democráticos de Direito.

Por isso, não há como se afastar a regra geral de apuração das infrações penais pelas polícias civil e federal sem norma expressa a respeito, compatível com o texto constitucional.

4. Unilateralidade das investigações do Ministério Público: distanciamento da busca da "verdade real"

Luiz Alberto Machado, emérito Professor da Universidade Federal do Paraná, questionando a pretensa neutralidade investigatória do Ministério Público, que, como titular da ação penal, beneficia-se diretamente do resultado dessas investigações preliminares, chega a inevitável conclusão:

"(...) a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, *dominus litis* e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal".[13]

A curta experiência brasileira tem demonstrado, à saciedade, que a realização de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público compromete a neutralidade na apuração preliminar dos fatos, cujo resultado tem a finalidade de fundamentar o início da ação penal no *sistema acusatório* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão de que, nessa esfera, o *Parquet* é parte, pensa como parte e age como parte. Haverá nítida tendência a *selecionar aqueles elementos probatórios que favoreçam a acusação*, especialmente por que é atribuição do Ministério Público promover, com exclusividade, a ação penal pública. Não é por outra razão, que, invariavelmente, em todas as investigações procedidas pelo Ministério Público invoca-se o questionado *sigilo*, com notória infringência aos *princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal*, com violação da paridade de armas, revestindo-se de inegável inconstitucionalidade. "Na verdade – sustenta Luis Guilherme Vieira – além do arbitrário e ilegal desequilíbrio entre as partes, violando o devido processo legal, há outro fundamento para não permitir ao Ministério Público proceder investigações criminais: quem investiga adota, de plano, um determinado ponto de vista, uma hipótese provisória, uma premissa maior, sem a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese seduz o investigador, de tal forma, que o torne indiferente a qualquer outra possibilidade, o que é extremamente danoso quando ocorre com um Ministério Público inquisidor".[14]

13. MACHADO, Luiz Alberto. Monopólio constitucional da investigação criminal. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* – Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 442.

14. VIEIRA, Luís Guilherme. Op. cit., p. 318-319.

Por todas essas razões, o Ministério Público não pode e não deve assumir as funções investigatório-criminais, num autêntico papel de polícia, sem mudarmos todo o sistema jurídico brasileiro, que é acusatório, repita-se, preservando-se o *Parquet* para o seu genuíno papel de acusador, quando os elementos para o exercício da ação penal se apresentarem, visto que, ao que parece, o Ministério Público abdicou da função de *fiscal da lei* e da sua fiel execução. Na verdade, de há muito o Ministério Público abandonou aquela sagrada função de *custos legis* em matéria criminal, agindo, por vezes, inescrupulosamente *contra legis,* no afã de conseguir, a qualquer custo, a realização de sua vocação acusatória. Razões como essa justifica que já se comece a exigir a criação de um órgão denominado *Ombudsmann*, para, na fase processual penal, exercer essa função que, outrora, se atribuía ao Ministério Público, talvez, até se pudesse atribuir essa função de *custos legis* à Defensoria Pública.

5. Poderes investigatórios do Ministério Público em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas

Os ordenamentos português e italiano adotaram – desde o Código Napoleônico, sendo ainda mantido – o *juizado de instrução*, que no Brasil, no entanto, é bom que se registre, foi rejeitado pela *Assembléia Nacional Constituinte de 1988*. Mesmo assim, no ordenamento português, *v.g.*, no qual a presidência do inquérito cabe ao Ministério Público, é clara a opção pela atividade investigatória coordenada e integrada entre o órgão ministerial e a polícia.

Essa integração também é prevista na Constituição Federal brasileira, na medida em que o art. 129 assegura ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, bem como o poder de requisitar diligências investigatórias. Quem tem a função de controlar e fiscalizar não pode concorrer com o controlado ou fiscalizado, que, *mutatis mutandis*, pode-se dizer numa linguagem figurada, faria *concorrência desleal*, beneficiando-se da função praticamente controladora da

organização policial, em detrimento desta que não tem a mesma oportunidade. Nesse sentido, com a acuidade de sempre, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sentencia: "Ora, a função de controle da atividade policial evidentemente exclui a realização de atividade policial típica, qual seja a realização do inquérito. Quem faz não pode controlar, quem controla, não pode fazer".[15]

Por outro lado, a admissão, mesmo parcialmente, de atividades investigatórias penais ao Ministério Público nos dois ordenamentos mencionados – português e italiano – não derivou, pura e simplesmente, da interpretação deste ou daquele dispositivo, como se pretende fazer no Brasil. Ao contrário, foi fruto da opção do legislador pela adoção de um determinado *sistema*, no qual se permite que o órgão ministerial presida as investigações criminais, implicando inclusive na elaboração de novos diplomas processuais penais, algo inocorrente em nosso ordenamento vigente, que se recente de expressa previsão legal. Convém ressalvar, ademais, destacava Evaristo de Moraes Filho, "que o novo Código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do *giudice per le indagini preliminari* (art. 328), incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é a forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: *Quis coustodiet ipsos Custodes*?"[16]

Realmente, quem investigará ou controlará o investigador Ministério Público? Em outros termos, quem fará o *controle externo* desse órgão investigador?

Extrai-se daí que nem mesmo a inserção de dispositivo na Constituição Federal atribuindo poderes investigatórios penais ao Ministério Público resolveria

15. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit.

16. MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Ministério Público e o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 19. São Paulo: RT, jul.-set. 1997. v. 5, p. 107.

a questão, sem macular todo o sistema que foi idealizado pelo legislador constituinte e reproduzido na legislação infraconstitucional: *o sistema acusatório*. Isso porque, como destaca o Memorial dos Institutos Jurídicos, "uma simples mudança constitucional, não traria a necessária reformulação sistêmica para ordenar todas as Instituições (Magistratura, Ministério Público, Polícias, Defensorias e Advocacia, assim como demais órgãos auxiliares) de forma equilibrada e isonômica no desenvolvimento da persecução penal em suas fases. Faltaria, ainda, estrutura material e uma nova ordenação jurídica infraconstitucional a fim de determinar, segundo o princípio da legalidade, as novas esferas e funções para o atuar de cada órgão".

6. Os "mistérios" do Ministério Público investigador

Finalmente, com uma campanha maciça e mais agressiva foi veiculado nos meios de comunicação, especialmente em São Paulo, o seguinte slogan: "com o Ministério Público não há Mistério"! Esse *slogan* traz em seu bojo, no mínimo, a insinuação de que a outras instituições falta transparência, prejudicando a confiabilidade.

Realmente, além de uma grande jogada de *marketing* usado no Estado de São Paulo, referido *slogan* traz em seu bojo, pelo menos, a insinuação de que em outras instituições a ausência de transparência prejudica a confiabilidade e eficiência. No entanto, a assertiva que *transparece* no *slogan* não é verdadeira, no campo criminal, cujas investigações realizadas pelo Ministério Público são sempre *envoltas em ministérios*, passando-se meses e, às vezes, até anos (enquanto a polícia tem prazo limitado para concluir as investigações e necessita de autorização para prorrogá-lo), investigando *sigilosamente*, sem que os investigados/acusados tenham conhecimento, ao arrepio do texto constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa a qualquer cidadão que seja em geral *acusado* (art. 5.º, LV, CF/88). Ignora-se que as investigações criminais deverão ter, no mínimo, um prazo razoável para concluir-se, sendo vedado ao Estado, independentemente dos órgãos ou instituições que utilize, eternizar-se na invasão da privacidade/liberdade de qualquer

cidadão, haja ou não suspeita de alguma irregularidade. Em prazo razoável,[17] devem os organismos do sistema repressivo estatal chegar a alguma conclusão.

Com efeito, contrariando referido *slogan*, pode-se afirmar que os *mistérios* do Ministério Público investigador-criminal podem ser sintetizados nos seguintes:

a) o Ministério Público não investiga todos os fatos – os próprios defensores do poder investigatório criminal do Ministério Público reconhecem que não há interesse e nem possibilidade de o *Parquet* assumir a investigação de todos os fatos.

O Ministério Público reconhece que não teria condições materiais de abarcar toda a investigação criminal, limitando-se a atuar em um ou outro caso, "quando o interesse público exigir", *mas, desarrazoadamente, quem definiria quando se faz presente a* "exigência do interesse público" seria o próprio *Parquet*. Em suma, quer-se, no fundo, escolher os casos penais a investigar, que a prática tem demonstrado, são os casos rumorosos e de grande repercussão na mídia, o que resulta completamente absurdo, inclusive pela falta de condições materiais, especialmente de proteção física dos próprios órgãos do Ministério Público e aos seus.

Realmente, o Ministério Público somente tem interesse de investigar aqueles casos que, por uma razão ou outra, rende muitos dividendos na grande mídia. Essa voracidade pela mídia, tem levado, inclusive, alguns de seus membros a lançarem boatos na imprensa e, após, invocarem os próprios boatos como fundamento de investigação criminal que fazem, atropelando os princípios éticos que devem orientar sua postura, e especialmente de quem se arvora como único detentor do patrimônio ético nacional. Com efeito, o Ministério Público, com freqüência indesejável, divulga as investigações, mesmo as taxadas de *sigilosas*, primeiro para a mídia, de tal forma que o investigado e seu defensor são surpreendidos pelos meios de comunicação, antes de serem oficialmente cientificados dos atos processuais.

17. Veja sobre o tema: LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Em síntese, o Ministério Público não investiga os fatos, mas tão-somente aquilo que quer provar, isto é, somente colhe indícios e subsídios que interessem à sua tese, e não à verdade dos fatos.

b) não admite controle jurisdicional de seus atos investigatórios – esse é seguramente um de seus maiores equívocos em um Estado Democrático de Direito, ignorando o texto constitucional que assegura "aos acusados em geral" a ampla defesa e o contraditório (art. 5.º, LV, CF/88). Aliás, a Resolução 13 editada pelo CNMP, em seu art. 6.º, § 1.º, afasta a quebra de sigilo determinada pelo Ministério Público do crivo do próprio Poder Judiciário, como destacamos mais adiante. Esse *mistério* das investigações do MP é complementado com o seguinte.

c) todas as investigações realizadas pelo Ministério Público são, segundo seus próprios membros, sigilosas – basicamente em todas as investigações realizadas pelo MP tem sido invocado o sigilo, inclusive para o investigado e seu advogado. Investigações procedidas em locais e horários impróprios, sem mandado judicial, têm sido levado a efeito.

Em outros termos, o Ministério Público, o quotidiano tem demonstrado isso, não admite que o defensor tenha acesso aos elementos das investigações, numa demonstração clara de sua dificuldade de atuar *transparentemente* em um Estado Democrático de Direito. *Interroga os investigados sem dar-lhes ciência dos fatos de que estão sendo suspeitos ou acusados.* Recentemente, o Ministro Sepúlveda Pertence, no emblemático HC 82.354-8-PR, declarou que o eventual sigilo, quando a lei permite, não abrange o investigado e seu advogado, que, constitucionalmente, têm direito e prerrogativa de serem previamente cientificados. Destacamos, por sua pertinência, parte da ementa desse *writ*:

"(...) Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. (...)

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada

pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7.º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF/88, art. 5.º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. (...)" (STF, 1ª T., HC 82.354-8-PR, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.2004)

Finalmente, precisamos saudar, o STF manifestou-se especificamente sobre esses abusos que, nos últimos anos, haviam feito letra morta do texto constitucional, procedimento, que, aliás, o Ministério Público tem sido multirreincidente. *Mutatis mutandis*, o entendimento adotado para o inquérito policial, aplica-se a todos os eventuais procedimentos investigatórios criminais, sejam em que âmbito for. Enfim, é preciso repensar os poderes investigatórios exercidos pelo Ministério Público. Hoje, o cidadão investigado não tem nenhuma proteção diante do ilimitado poder que tal instituição arvora-se dispor. Estamos assistindo à disseminação do abuso e o cidadão está perdendo a possibilidade de invocar, a seu favor, as garantias constitucionais que são constantemente violadas, inclusive com impedimento do crivo do Judiciário, como prevê o § 1.º do art. 6.º da Resolução 13, recentemente editada pelo CNMP, conforme demonstraremos adiante.

Nessa linha, curvando-nos a bem elaborada pesquisa de Luis Guilherme Vieira, invocamos novamente o "Recurso Ordinário de HC 81.326-7,[18] a 2ª T. do STF que, unanimemente, sob o voto condutor do Min. Nelson Jobim, decidiu que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, inves-

18. STF, 2ª T., RHC 81.326-7/DF, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 01.08.2003.

tigação de caráter criminal. Esse julgamento passou a ser o paradigma de muitas outras decisões de tribunais de todo o país que, antes com algumas hesitações, e posteriormente com mais segurança vêm consagrando o mesmo entendimento. Em seu voto, o Min. Jobim destaca que, historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras, nessa matéria, terem sido repelidas, desde a proposta de instituir *Juizados de Instrução* feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao *Parquet*".[19]

Na verdade, como lembra Luis Guilherme, o legislador brasileiro – constituinte e ordinário – sempre rejeitou a idéia de transformar o Ministério Público em *Grande Inquisidor*, reservando-lhe o papel superior de controlador/fiscalizador das atividades policiais. Por isso, o Min. Jobim afirma, acertadamente, que a *mens legis* das normas em vigor é, seguramente, no sentido de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.[20]

7. A doutrina dos poderes implícitos

Argumenta-se, para se reconhecer poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, que, *implicitamente*, estariam recepcionados pelo art. 129 da CF/88, e mesmo que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os tais poderes, deve-se aplicar a doutrina dos poderes implícitos, considerando-se que se a Constituição assegura-lhe a competência privativa para promover a ação penal pública, deve, igualmente, garantir-lhe os meios necessários para tal fim.

19. *Apud* VIEIRA, Luís Guilherme. Op. cit., p. 310.
20. Idem, ibidem.

A conhecida *doutrina dos poderes implícitos* tem suas origens na escola clássica do constitucionalismo norte-americano, radicada na concepção do Estado liberal. Trata-se de regra de interpretação, concebida no seio da Constituição americana, e como atribuía amplos poderes ao governo dos Estados Unidos, necessitava assegurar-lhe também os mais amplos meios para sua execução. Essa doutrina constitucional, no entanto, afasta a aplicação da doutrina dos poderes implícitos quando houver outra norma constitucional que cuide da competência que se pretende reconhecer implicitamente. Em outros termos, somente se admite a invocação dessa regra de interpretação onde houver lacuna constitucional, ou então, quando houver uma competência explícita e justificável que se pretenda aprofundar e não alargar.

No caso, porém, não se verifica nenhuma das duas hipóteses. Primeiramente, não há lacuna constitucional na competência em questão. A norma do art. 144 da CF/88 atribui expressamente a função de polícia judiciária às polícias civis, federal e estaduais. Sendo assim, a Constituição indicou a Instituição, resultando impossível atribuí-la indistintamente a outro órgão, sem que o próprio legislador constituinte o tenha feito. Em segundo lugar, não se cuidaria de aprofundar competência do Ministério Público, mas de criá-la, uma vez que, expressamente, a Constituição não atribuiu poderes investigatórios ao órgão ministerial, no âmbito processual penal. Aplicável, no caso, a incensurável lição de Canotilho[21] que sentencia: "A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo no caso de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo constitucionalmente especificado".

Em síntese, *poderes implícitos* só podem existir quando a Constituição for omissa, isto é, quando não conferir os *meios* expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se, no entanto, expressamente outorgar a quem quer que seja o que se tem como *meio* para atingir o *fim*

21. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.334.

pretendido, não se pode falar em poderes implícitos.[22] Não há poder implícito onde este foi explicitado, expressamente estabelecido, mesmo que tenha sido em favor de outra instituição. Enfim, o poder implícito somente pode ser reconhecido quando a Constituição não disciplina a matéria: a competência que atribuída a um órgão, não pode ser invocada por outro, sob nenhum pretexto, como acremente sentencia Canotilho:[23] "Mas são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e a interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem poderes especificamente atribuídos a outros órgão".

Com efeito, não é uma opção sustentável a importação da doutrina dos poderes implícitos para nosso Estado constitucional, especialmente no caso *sub examen*. Necessariamente, destaca José Afonso da Silva, deve-se questionar se há entre a investigação preliminar e a ação penal uma relação de meio e fim. O *meio* para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo. O *fim* (finalidade, objetivo) da investigação penal, por sua vez, *não é a ação penal*, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, *instrução penal preliminar*) para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva.

8. A Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público e sua inconstitucionalidade

O art. 144, § 4.º da CF/88 estabelece que "às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares".

22. Cf. a doutrina de Marshall e de outros constitucionalistas em Ruy Barbosa e deste mesmo, *Comentários à Constituição Federal brasileira*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1932, p. 190 e ss.

23. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 494-495.

Significa afirmar-se "que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusivo que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público (...) A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96".[24]

Ocorre que, a despeito pender de julgamento, no STF, a questão dos limites dos poderes investigatórios do *Parquet*, recentemente o CNMP aprovou a Resolução 13, a pretexto de regulamentar o art. 8.º da LC 75/93 e o art. 26 da Lei 8.625/93, "disciplinando" os poderes investigatórios do órgão ministerial.

No entanto, a inconstitucionalidade dessa resolução é inquestionável, posto que, escancaradamente, viola o art. 22, I, da CF/88 ao legislar em matéria processual penal. Em verdade, a dita resolução pretende regulamentar dispositivos de lei que não tratam de poderes investigatórios do Ministério Público; ou seja, não se trata de regulamentação, *in casu*, mas de verdadeira criação de poderes investigatórios em favor do órgão ministerial, ao arrepio do texto constitucional, e ainda na pendência de exame da matéria pela Suprema Corte. Refletindo sobre a possibilidade, *de lege ferenda*, de criar um procedimento investigatório criminal, para atribuir tais funções ao Ministério Público, com base no inciso IX do art. 129 da CF/88, Pellegrini Grinover questiona qual seria o *instrumento normativo* adequado para tanto? Ela própria responde taxativamente:

"Somente a lei, é evidente. O princípio da reserva legal o impõe. E o § 5.º do art. 128 da Constituição reforça o entendimento, quando estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei, observe-se lei complementar.

24. SILVA, José Afonso da Silva. Op. cit., p. 19 e ss.

Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP? Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição. Só lei complementar, que atribuísse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com base na previsão residual do inc. IX. Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de conseqüência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*."[25]

Poderes e atribuições privativos do Poder Judiciário também foram invadidos pela referida resolução. Autoriza-se o órgão ministerial a promover o arquivamento do *procedimento investigatório criminal*, sem qualquer controle por parte do Judiciário. Atribui-se, com efeito, o poder de requisitar *condução coercitiva de testemunhas*; assegura-se ao órgão ministerial o acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública. Destacando-se, para não pairar qualquer dúvida sobre a ausência de quaisquer limites, que "nenhuma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função pública poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido" (art. 6.º § 1.º da Resolução 13 do CNMP).

Resta claro, pelo texto citado, que o Ministério Público pretende afastar de suas atividades investigatórias (porque, *venia concessa*, de poder não se trata) o crivo do próprio Poder Judiciário, numa afronta gritante ao texto constitucional. Seria o *Parquet* um superpoder, superior aos Três Poderes da República? Pode não ser, mas que parece, parece.

25. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 5.

Por outro lado, o Conselho Nacional do Ministério Público não tem legitimidade para *legislar* sobre a matéria, ao contrário da invocação daquele, como se pode constatar: "O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 130-A, § 2.º, I, da Constituição Federal e com fulcro no art. 64-A de seu Regimento Interno,". Contudo, examinemos o conteúdo dos dois dispositivos invocados, começando por aquele da Carta Magna:

"Art. 130-A. (...)

§ 2.º. (...)

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências".

Tampouco o artigo do Regimento Interno do CNMP cria ou disciplina tal atribuição, posto que se limita a regrar o procedimento interno de projetos de resolução naquele colegiado:

"Art. 64-A. Os procedimentos que visem a expedição de atos de caráter normativo/regulamentar terão a seguinte tramitação: (Incluído pela Emenda Regimental n. 1 de 2006) (...)".

Há claramente, como se pode constatar, invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais, como já registramos. Aliás, nessa linha, já existe a ADIn 3.806, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol/Brasil, distribuída em 10.10.2006, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, argüindo a inconstitucionalidade da Resolução 13 do CNMP, de 02.10.2006.[26] No mesmo sentido, o Conselho Federal da OAB, em sua composição plenária, deliberou no dia 30.10.2006 que a Ordem dos Advogados deve ajuizar uma ADIn postulando o reconhecimento da inconstitucionalidade não apenas da referida resolução, como também dos próprios poderes investigatórios pretendidos pelo Ministério Público.

26. Até a presente data, os requerimentos de concessão de medida liminar pleiteados nas ADIn não foram apreciados pelo ministro relator.

Enfim, indiscutivelmente, a Resolução 13 do CNMP ofende a Constituição Federal sob vários aspectos, sendo inevitável a declaração de sua inconstitucionalidade, em homenagem aos postulados do Estado Democrático de Direito.[27] Reforça nossa conclusão, o magistério de Ada Pellegrini Grinover, *in verbis*: "sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de conseqüência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidas de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*".

Pois bem, após vermos que a unanimidade dos grandes autores que se debruçaram sobre o tema sustentam que é impossível reconhecer-se, nos limites do marco constitucional brasileiro, poderes investigatórios atribuídos ao Ministério Público, convém que se faça, ainda que superficialmente, uma análise sobre o entendimento jurisprudencial, particularmente do STF.

9. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da ilegitimidade do Ministério Público para realizar investigação criminal[28]

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esta matéria vem sendo discutida há algum tempo, sendo que ainda não temos um posicionamento firmado. Ao que parece, o primeiro julgado da Suprema Corte sobre este

27. SILVA, José Afonso da Silva. Op. cit., p. 19 e ss.: "De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos termos seguintes: 'o art. 144, § 4.º, estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público (...) A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96'".

28. Todo o conteúdo desta pesquisa jurisprudencial foi realizada pela colega Dra. Débora Poeta Weyh.

tema foi o HC 77.371-SP, relatado pelo Ministro Nelson Jobim. Nesse julgado, muito embora não tenha sido enfrentada diretamente a questão da legitimidade do *Parquet* para realizar atos investigatórios em matéria penal, o Tribunal entendeu possível que o Ministério Público realizasse oitiva de testemunhas antes do oferecimento da exordial acusatória. Vejamos o teor da ementa:

"*Habeas corpus.* Processo penal. Sentença de pronúncia. *Prova colhida pelo Ministério Público.* Inocorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios de claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência de qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão. *Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei 8.625/93.*

Ordem denegada." (grifos nossos) (STF, 2ª T., HC 77.371-3/SP, rel. Min. Nelson Jobim, v.u., *DJ* 01.09.1998)

Pouco tempo depois, esta mesma Turma enfrentou novamente a questão no julgamento do RE 205.473-AL. Desta vez, contudo, chegando à conclusão diversa, ou seja, a de que *o Parquet não possui legitimidade para conduzir diretamente investigação criminal, in verbis*:

"Constitucional. Processual penal. Ministério Público: Atribuições. Inquérito. Requisição de investigações. Crime de desobediência. CF/88, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1.º e 4.º.

I – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF/88, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição do membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque *não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF/88, art. 144, §§ 1.º e 4.º).* Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

II – RE não conhecido". (grifos nossos) (STF, 2ª T., RE 205.473-9/AL, rel. Min. Carlos Velloso, v.u., *DJ* 15.12.1998]

O posicionamento adotado pela Turma fica ainda mais claro no seguinte excerto do voto do Min. Relator, *in verbis:*

"(...) porque *não compete ao Procurador da República*, na forma do disposto no art. 129, VIII, da CF/88, *assumir a direção das investigações*, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da CF/88, *não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais* (art. 144, §§ 1.º e 4.º)."

No ano seguinte, no julgamento do RE 233.072, da relatoria do *Min. Néri da Silveira*, a 2ª Turma reconheceu, novamente, a *ilegitimidade do Ministério Público para realizar diretamente diligências investigatórias*, ficando vencidos o Ministro Relator e o Ministro Maurício Corrêa. Vejamos a ementa do julgado:

"Recurso extraordinário. Ministério Público. Inquérito administrativo. Inquérito penal. Legitimidade. *O Ministério Público* (1) *não tem* competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem *competência para produzir inquérito penal* sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido." (grifos nossos) (STF, 2ª T., RE 233.072-4/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 18.05.1999)

No ano de 2003, houve o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 81.326-DF, no qual a Suprema Corte, reformando decisão do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que ao Ministério Público é vedado conduzir diretamente investigação de feitos criminais. Neste julgamento, diferentemente de todos os citados anteriormente, o voto condutor do acórdão trabalha, de forma detalhada, todos os argumentos contrários à possibilidade de o Ministério Púbico conduzir investigações. Por isso, tornou-se um precedente-paradigma.

A situação fática objeto do julgamento foi a seguinte: o *Parquet* expediu requisição a um Delegado de Polícia determinando seu comparecimento para prestar esclarecimentos em Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo

(Pais), junto ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial. O julgado ficou ementado nos seguintes termos:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ministério Público. Inquérito administrativo. Núcleo de investigação criminal e controle externo da atividade policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Inquirição. Ilegitimidade.

1 – Portaria. Publicidade: A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria nesse Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2 – Inquirição de autoridade administrativa. Ilegitimidade: A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF/88, art. 129, VIII). *A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.* O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido." (grifos nossos). (STF, 2ª T., RHC 81326-7/DF; rel. Min. Nelson Jobim, v.u., *DJ* 01.08.2003)

Vejamos os principais argumentos utilizados pelo voto do ministro relator, acompanhado, à unanimidade, pelos demais ministros integrantes da 2ª Turma:

Ab initio, o Ministro traz elementos históricos com o fim de demonstrar a atribuição exclusiva da polícia para realização de diligência investigatória em matéria penal. Faz referência à tentativa, em 1936, de criação dos Juizados de Instrução, a qual restou fadada ao insucesso por opção do legislador em manter o Inquérito Policial. Ressalta, ainda, que a Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais, sendo o Inquérito Policial o instrumento adequado de investigação na esfera penal para subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal. Menciona precedentes de Nelson Hungria no Supremo Tribunal, quando afirmara: "(...) o

Código de Processo Penal (...) não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do MP na investigação do crime (...)" Refere, também, que na Assembléia Nacional Constituinte de 1988 o processo de instrução presidido pelo Ministério Público foi debatido e rejeitado. O último elemento histórico alegado no voto foi que "O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.095, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal".

Além de argumentos históricos, o Ministro assinalando os arts. 144, § 4.º e 129, VIII, ambos da CF/88, bem como os arts. 7.º e 8.º da LC 75/93, conclui que o poder de realizar investigação criminal é exclusivo da Polícia, restando ao Ministério Público o poder para requisitar diligências investigatórias. Ao final, colaciona precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal, decidindo pelo provimento do recurso para o fim de anular a requisição expedida pelo *Parquet* por falta de legitimidade para realizar atos de investigação criminal.

Nota-se que os precedentes até aqui referidos são oriundos das Turmas da Suprema Corte, não tendo a matéria chegado – de forma direta – ao Plenário. Isso ocorreu no julgamento do Inquérito 1.968-DF, o qual se encontra suspenso, com pedido de vista do Ministro Cezar Peluso. O fato subjacente deste Inquérito é a existência, em tese, de irregularidades na Clínica Santa Luzia na prestação de serviços médico-hospitalares, com supostos desvirtuamentos de recursos provenientes do SUS. O inquérito está sendo conduzido pelo Supremo Tribunal Federal porque um dos investigados era Deputado Federal na época dos fatos – Remy Abreu Trinta. A denúncia está embasada em diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público Federal.

O Ministro Marco Aurélio – relator do Inquérito – votou no sentido de ao Ministério Público não ser possível conduzir investigação criminal, mas sim ser parte da ação penal. Os argumentos usados pelo ilustre relator, de forma sintética, remontam a distinção entre a "titularidade da ação penal e a feitura de investigações

para alicerçá-la". Refere que a Constituição determina pertencer ao Ministério Público o exercício da primeira tarefa, e à Polícia a legitimidade exclusiva para exercer a segunda. Consigna que entender o contrário implicaria em "inversão da disciplina constitucional, potencializando-se o objetivo a ser alcançado em detrimento do meio".

Logo após o voto do relator, o Ministro Nelson Jobim acompanhou-o. Em seguida, contudo, pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa. Retomando o julgamento, votou o Ministro de forma contrária ao relator, entendendo deter o Ministério Público legitimidade para realizar diligências investigatórias. Amparou sua conclusão, principalmente, na teoria dos *poderes implícitos*, já rebatidos por nós acima.

Na mesma sessão os Ministros Eros Grau e Carlos Britto também apresentaram seus votos admitindo o poder investigatório do *Parquet*. Em síntese, o Ministro Carlos Britto entende que a investigação faz parte da natureza do Ministério Público e, por isso, privá-lo dessa tarefa retiraria sua própria natureza. Consigna, apenas, a capacidade de investigação criminal por conta própria não pode significar poder de abrir e presidir inquérito policial. Dessa forma, distingue investigação criminal de inquérito policial, deixando claro que este é apenas uma das espécies de investigação criminal.

O último voto já prolatado neste julgamento foi o do Ministro Eros Grau que – conforme já mencionado – concluiu pelo "reconhecimento de que o Ministério Público tem a sua disposição todos os meios necessários ao desempenho dessas funções, inclusive a investigação criminal". Para chegar a essa conclusão o ministro levantou a questão da impossibilidade da leitura isolada do art. 144, § 4.º, da CF/88, aduzindo pela necessidade de fazer-se uma leitura totalitária da Constituição. Referiu também a necessidade de o *Parquet* dispor de todos os meios necessários para o exercício da titularidade plena e exclusiva da ação penal. Alertou que seu entendimento não se baseia na teoria dos poderes implícitos, mas sim no fato de que o § 4.º do art. 144 da CF/88 refere-se apenas ao Inquérito Policial,

ou seja, a uma de tantas outras formas existentes de investigação criminal. Sendo assim, afirma o Ministro que "não há, no reconhecimento de que o Ministério Público pode [= deve] realizar investigação criminal, invasão, por ele, da competência atribuída às polícias civis. O que não pode é o Ministério Público instaurar inquérito policial. Apenas isso".

Depois desses votos, pediu vista dos autos o Ministro Cezar Peluso, estando, por conseguinte, até a presente data, pendente de julgamento o Inquérito 1.968-DF.

3. Crime e Sociedade

Entre terroristas e inimigos...

Elisangela Melo Reghelin
Doutoranda em Direito Penal e Criminologia
pela Universidade Pablo de Olavide/Sevilla.
Pesquisadora da Universidade da Califórnia/Berkeley.
Mestre em Ciências Criminais/PUC-RS.
Professora de Direito Penal na Unisinos.
Delegada de Polícia e Diretora do Departamento
de Desenvolvimento de Recursos Humanos da Secretaria
de Segurança Pública do RS. Associada ao IBCCRIM e da ABPCP.

Sumário: Introdução – 1. O contrato social, o direito penal do inimigo e a garantia cognitiva mínima – 2. Legislação sobre terrorismo e direito penal do inimigo: 2.1 Conceitos, história e luta contra o terrorismo; 2.2 O terrorismo no Código Penal espanhol de 1995 – 3. O conceito de bem jurídico frente ao direito penal moderno: expansão ou intensificação? – 4. Os fins da pena e suas relações com os delitos de terrorismo: 4.1 Prevenção geral positiva ou de integração; 4.2 Será o medo a fonte dos efeitos simbólicos (ou da prevenção geral positiva)?; 4.3 Da crítica nasce uma teoria limitadora; 4.4 Discussão sobre o fim intimidatório da pena nos delitos terroristas; 4.5. A teoria da união: o castigo pelo fato e a prevenção para o futuro; 4.6 A situação do fim ressocializador pela inocuização nos delitos terroristas da Lei Orgânica 7/2003; 4.7 Neoretribucionismo e inocuização: retorno ao direito penal do autor? – 5. Conclusões – 6. Bibliografia – Anexo.

Resumo: O quê fazer com os terroristas? Sob o ponto de vista jurídico-penal, que certamente não é o mais adequado, antecipamos, há que se refletir profundamente sobre os fins da pena, aqui seriamente envolvidos e ameaçados. Penas mais duras e extensas seriam mais eficazes? Deve-se castigar pelo fato ou pela condução de vida? As penas intimidariam os terroristas e preveniriam que cometessem tais

delitos? Como deve atuar o Estado em relação à reinserção social de um terrorista? Manifestamos, desde já, nossa resistência contra o que vem propondo a política criminal contemporânea, incluídas aí legislações que afetam seriamente o imaginário social, não dirigidas a fatos, mas a determinados indivíduos, e apoiadas na subjetividade do agente.

Abstract: What shall we do with the terrorists? From a criminal-legal point of view, which certainly is not the most adequate, we anticipate, one has to deeply reflect about the ends of the penalty, here, seriously involved and threatened. Would tougher and more extense penalties be effective? Should one be punished because of the fact or of one's life conduct? Would the penalties intimidate the terrorists and prevent new delicts? How must the State act regarding the social reinsertion of a terrorist? We directly express our resistance against what the contemporary criminal policy has been proposing including legislations which seriously affect the social imaginary, not towards the facts but certain individuals, and supported by the agent's subjectivity.

Palavras-chave: Direito penal – Criminologia – Penologia – Fins da pena – Terrorismo – Inimigo.

Keywords: Criminal law – Criminology – Penology – End of penalty – Terrorism – Enemy.

Introdução[1]

Em 2001, o mais forte ataque terrorista contra as torres gêmeas nos Estados Unidos foi transmitido em tom apoteótico para todo o mundo. O direito penal já se

1. *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
AP: Actualidad Penal
CE: Constitución Española
CP: Código Penal Español
CPC: Cuadernos de Política Criminal

perguntava o que fazer com os terroristas, porque a ninguém interessava preservar as garantias destes indivíduos que, mereciam uma resposta penal, como também seu extermínio em uma autêntica política de guerra, numa visão taliônica. Os fins da pena estão seriamente envolvidos e ameaçados nesta problemática. Penas mais duras e extensas seriam mais eficazes? Deve-se castigar pelo fato ou pela condução de vida? As penas intimidariam os terroristas e preveniriam que cometessem tais delitos? Como deve atuar o Estado em relação à reinserção social de um terrorista? Há inocuização no sistema de penas atualmente?

Os ordenamentos jurídicos da maioria dos países ocidentais experimentam uma súplica por parte da sociedade clamando por *menos direitos* e *mais rigor nas penas*. Parece que a tendência do direito penal moderno é seguir uma ampliação dos âmbitos de intervenção, apesar de rechaçada pela doutrina penal majoritária. O valor *segurança* está acima de qualquer outro na sociedade pós-moderna.[2] Até que ponto é legítima a demanda da sociedade por mais segurança? Como pergunta Gracia Martin:[3] "está justificada e se deve recorrer, em face desta criminalidade, à instituição de um direito penal especial, diferenciado em suas regras em relação ao direito penal comum?" Diz Saez Valcarcel:[4] "vivemos a transição de um Estado social para um Estado penal", e segundo Bustos Ra-

PJ: Poder Judicial

RDP: Revista de Derecho Penal

RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

REIC: Revista Española de Investigación Criminológica

RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense

2. MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo derecho penal autoritario. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. *Actas del Coloquio Internacional Hamboldt*, Montevideo, abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 162.

3. GRACÍA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *RECPC*, n. 7, 2005, p. 02:1-02:43. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em 18.01.2005, p. 02:21.

4. SAEZ VALCARCEL, Ramón. La inseguridad, lema de campaña electoral. *Jueces para la democracia*, n. 45. Madrid: Jueces para la democracia, nov. 2002, p. 4.

mirez,[5] quanto mais segurança, mais próximo se chega de um Estado policial e até mesmo de um Estado de terror.

Vivemos, hoje, o fenômeno da expansão do direito penal, que vinculada à consolidação da moderna sociedade do risco, cria crescentes dificuldades para atribuir a responsabilidade por tais riscos a determinadas pessoas individuais ou coletivas.[6] No entanto, nos casos de delitos terroristas (que não são novidade) entendemos que se tratam de intensificação, ou seja, uma justificativa moderna "das cada vez mais freqüentes decisões político-criminais que concentram seus esforços num incremento da punição de certos tipos de delinqüência clássica, delinqüência há muito tempo incorporada aos Códigos Penais".[7]

Quanto aos fins da pena, entendemos que, assim como o direito penal, são elas necessárias de acordo com o caso, ainda que sejam admitidas todas as críticas possíveis relativamente a cada uma de suas teorias, contudo, isso não desautoriza o dito por Garcia Pablos:[8] "a pena não convence, dissuade, atemoriza. Reflete mais a impotência, o fracasso e a ausência de soluções, que a convicção e a energia necessárias para abordar os problemas sociais. Nenhuma política criminal realista pode prescindir do castigo, mas, tampouco, pode degradar a política criminal convertendo-a em mera política penal".

Manifestamos, desde já, nossa resistência contra o que propõe a política criminal contemporânea, incluindo legislações que afetam seriamente o imaginário social, posto que não dirigida a fatos, mas a determinados indivíduos, além de

5. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. In-seguridad y lucha contra el terrorismo. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. *Actas del Coloquio Internacional Hamboldt*, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 403.

6. DIÉZ RIPOLLES, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. em *RECPC*, n. 7, 2005, p. 01:1-01:37. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Acesso em 18.01.2005, p. 01:3.

7. *Ibidem*, p. 01:13.

8. GARCÍA PABLOS, Antonio. Tendencias del actual Derecho Penal. *AA.VV.*: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 42.

apoiada na subjetividade do agente. Isto favorece, sem dúvida, a que o imaginário social divida a sociedade entre amigos e inimigos baseando-se em um critério puramente subjetivo.[9] Como diz Câncio Meliá:[10] "o Estado não deve perder os nervos frente aos delitos terroristas", e também: "o direito penal do inimigo ocorre quando o ordenamento jurídico entra em uma situação de pânico".

1. O contrato social, o direito penal do inimigo e a garantia cognitiva mínima

O contrato social de Rousseau, ainda que inexistente enquanto documento firmado por todos, consiste em uma teoria que, entendemos, pode legitimar a existência de um Estado e de uma sociedade civil, pois ao substituir uma concepção de direito natural, veio a legitimar a existência do direito, especialmente do direito penal. O Estado, metaforicamente falando, só existe e tem legitimidade a partir desse contrato e, portanto, não deve atuar contra esta sociedade, pois está a serviço dela e, por isso, tem poderes limitados. Contudo, segundo uma concepção hobbesiana,[11] traidores e rebeldes deveriam ser castigados por um direito de guerra ou natural, e não com o direito civil ou da autoridade.

Atualmente, Jakobs, ao sustentar um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) contrário a um direito penal dos cidadãos (*Burgerstrafrecht*), também parte de uma concepção contratualista, mas sustenta que o indivíduo inimigo não firma este contrato social, ou então, se o faz, renuncia a este, em uma opção individual, voltando-se contra a sociedade, gerando sua expulsão do grupo pela própria sociedade, que tem o poder de determinar quem são seus membros. Essa sociedade, que geralmente

9. BUSTOS RAMÍREZ. Op. cit., p. 407.

10. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la democracia*, n. 44. Madrid: Jueces para la democracia, jul. 2002, p. 26.

11. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sobre los orígenes del 'Derecho Penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau. *CPC*, n. 75. Madrid: Edersa, 2001, p. 597-598.

reclama o cidadão como membro, a fim de castigá-lo com uma pena que só existe e é legítima dentro dela (e para dar-lhe a oportunidade de reintegrar-se a ela), pode expulsá-lo, em caso de ser rebelde ou traidor, o que seria uma recaída ao estado de natureza. Nestes casos, não são castigados como súditos, mas como inimigos.[12] É um indivíduo incorrigível e contra ele cabem apenas ameaças e inocuização. Jakobs parte, assim, de um contrato individual, quando, na realidade ele é social, aproximando-se da concepção individualista de Hobbes, para quem eram inimigos aqueles contrários ao contrato social, ou seja, aqueles que manifestam condutas próprias de um estado de natureza, e que, portanto, podiam ser punidos com as regras deste mesmo estado de natureza, onde todos são inimigos entre si; Jakobs também parte da existência dos grupos humanos paralelos: uma sociedade civil por um lado, e um grupo de inimigos em estado de guerra por outro (ou seja, de um lado os que assumiram o pacto; de outro, aqueles que não o fizeram). Também neste ponto, mais uma vez se aproxima da visão hobbesiana, cuja noção de guerra tinha, por um lado, um corpo político, e por outro, seres perigosos, inimigos não declarados que podiam colocar este corpo político em risco de dissolução, o que justificaria o direito à guerra. Em realidade, entendemos que a relação é vertical e que a sociedade evoluiu de um estado de natureza para um estado civil, não havendo situação de coexistência, de modo que esta própria sociedade (que agora é civil) terá que conviver com seus *inimigos internos*, com os instrumentos que possui, incluindo o direito penal. A guerra pode existir dentro desta sociedade, mas também deve ser regulada e coincidir com o processo penal. Imaginar um indivíduo fora deste estado civil, sob a ameaça de um direito penal do inimigo que não precisa respeitar garantias nem possui limites de ação, para nós é inaceitável. Claro que este direito penal do inimigo implica "un comportamiento desarrollado y basado en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva".[13] Não obstante, no plano do ser, encontramos muitas legislações sobre terrorismo contemplando medidas do

12. Apud JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 29.

13. Idem, ibidem, p. 22.

direito penal do inimigo, ainda que reste a esperança de que isto não assuma caráter constitucional, porque não cumpre os critérios de legitimidade exigidos para tal, antes pelo contrário, viola todos ou quase todos os princípios constitucionais.[14] Por outro lado, é preciso entender, como observa Gracía Martín, que ainda não há qualquer referência à diminuição de garantias processuais para os inimigos, "isso tem que ser uma conseqüência necessária se levarmos em conta que esta é talvez a característica mais pronunciada do direito penal do inimigo nas concepções atuais". E o fim de tudo isso não é a imposição de uma pena, senão de uma vingança, e uma vingança em um estado de guerra, geralmente, não admite garantias.

De todas as formas, vale mencionar que Rousseau não se preocupa em distinguir o direito penal do inimigo frente ao direito penal do cidadão, posto que para ele todo direito era "dirigido frente a quienes infringen las normas sociales",[15] mas difere de Hobbes na existência de uma categoria chamada garantia cognitiva mínima, já não tão clara para este último, pois o medo do inimigo é mais constante na obra de Hobbes. A sociedade utiliza o critério da segurança cognitiva em face destes sujeitos perigosos que põem em xeque a existência da própria sociedade.

Jakobs fala de uma categoria chamada *garantia cognitiva mínima* de comportamento que deve estar presente em todos os indivíduos para que sejam tratados como pessoas. O inimigo ataca a segurança dos bens jurídicos, e não a identidade social, reservada ao cidadão delinqüente.[16] O indivíduo pertencente à ordem natural é o ser biológico. A pessoa é uma construção social que se pode atribuir aos indivíduos. Para Jakobs, os *indivíduos* não oferecem esta garantia cognitiva mínima necessária para o tratamento como pessoas: "la persona se degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado *cognitivamente*",[17] ou seja, o inimigo. Assim, a reação social não será a compensação de um dano ante a vigência de uma norma, mas a eliminação de um perigo, através de um castigo

14. CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 21.
15. PÉREZ DEL VALLE. Op. cit., p. 604.
16. Idem, ibidem, p. 598.
17. GRACÍA MARTIN. Op. cit., p. 02:26.

dirigido ao futuro. Para prevenir esses delitos, castiga-se por antecipação, como os fatos cometidos em fases prévias ao tráfico de drogas,[18] por exemplo. Outro exemplo é o do terrorista, proposto por Jakobs:[19] aquele que "nega por princípio a legitimidade do ordenamento jurídico e por isso busca a destruição dessa ordem". Diante disso, o terrorista é visto como adversário por princípio.[20]

Silva Sanchez[21] trata do direito penal do inimigo sob a titulação *direito penal de terceira velocidade*, ou seja, um direito que contempla medidas privativas de liberdade com regras processuais e de imputação menos rigorosas, muito adequadas, segundo ele, para casos de emergência, sendo a expressão de um direito de guerra, quando a sociedade, ante a gravidade da situação excepcional do conflito, renuncia a suportar os custos da liberdade de ação. Para Silva Sanchez,[22] "enemigo es un individuo que, ante su comportamiento, su ocupación profesional, principalmente, ante su vinculación a una organización, ha abandonado el derecho de modo presuntamente duradero y no sólo de manera incidental. De todas formas, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta", e complementa: "hay, al revés, una dimensión de negación directa de los principios orientadores de la convivencia social".

2. Legislação sobre terrorismo e direito penal do inimigo

Em quase todos os países desencadeou-se um processo de reformas legislativas em nome de uma *segurança cidadã*, com reforço dos poderes governamentais e policiais, com a possibilidade de maior restrição das liberdades individuais dos cidadãos. Há leis dirigidas à eliminação de ameaças terroristas que proíbem que o

18. PÉREZ DEL VALLE. Loc. cit.
19. JAKOBS. Op. cit., p. 41.
20. Idem, ibidem, p. 50.
21. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 166.
22. Idem, ibidem, p. 164.

prisioneiro fale com seu advogado, determinações expressas do Poder Executivo norte-americano para que matem dirigentes terroristas, inclusive assumindo o risco de matar pessoas inocentes. Donald Rumsfeld, ex-Secretário de Defesa norte-americano, quando anunciou os planos para o uso de comandos clandestinos em qualquer país, incluiu aqueles que mantêm relações amistosas com os EUA. Iludirão as restrições legais aos assassinos selecionados pela CIA, "trasladando estas operaciones al ámbito militar, a cargo de fuerzas secretas como Delta Force y Seal Team 6, que cuentan con una autorización concedida por Clinton tras los ataques a las embajadas y renovada por Bush para eliminar físicamente a los máximos dirigentes de Al Qaeda."[23] Examinemos mais precisamente os conceitos jurídicos sobre o terrorismo.

2.1 Conceitos, história e luta contra o terrorismo

Apesar da ausência de conceitos claros e universais, todos os Estados, sem exceção, respondem com extrema dureza ao que cada um deles considera terrorismo. Somente depois da primeira guerra mundial uma comissão de juristas foi criada para estudar as violações ao direito internacional em tema de guerra. Não havia o conceito de terrorismo. Em 1937, chega-se à Convenção de Genebra para a prevenção e repressão do terrorismo, cujo texto não define o que seja terrorismo, senão atos de terrorismo.[24] A partir dos anos 70, muitos dos estados democráticos como os EUA, por exemplo, começam a utilizar uma estratégia jurídico-repressiva, e "así se vive un proceso de normalización de lo excepcional."[25] Também vale mencionar as tentativas de definir o terrorismo por parte das Nações Unidas com a Resolução 2625, de 24.10.1970, com a obrigação de todo Estado de abster-se

23. CARMONA RUANO, Miguel. El impacto jurídico del 11 de septiembre. *Jueces para la democracia*, n. 45. Madrid: Jueces para la democracia, nov. 2002, p. 88.

24. RAMON CHORNET, Consuelo. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 116.

25. Idem, ibidem, p. 99.

de organizar, provocar ou ajudar atos de terrorismo contra outro Estado. Algo similar pode ser encontrado na Resolução 2.734, de 16 de dezembro do mesmo ano (reforço da segurança internacional). Também podemos mencionar a Convenção de Washington, de 02.02.1971, promovido pela Organização dos Estados Americanos (OEA) para Prevenção e Repressão dos Atos de Terrorismo. Mais uma vez não se define terrorismo, mas se faz uma opção pela enumeração dos atos de terrorismo. São inumeráveis os esforços da comunidade internacional e são também numerosos os instrumentos internacionais. Contudo, em nenhum deles encontramos uma clara definição conceitual de terrorismo.

Na União Européia, a luta contra o terrorismo começou há muito tempo. Em 1977, a Convenção Européia para Repressão do Terrorismo Internacional foi aprovada pelo Conselho Europeu e constitui o instrumento essencial para assistência judicial e extradição. Há também numerosas resoluções da Assembléia Parlamentarista e recomendações do Comitê de Ministros. Depois de 11.09.2001, as reações ficaram mais intensas na Europa. Em 21 de setembro daquele ano, em Bruxelas, o Conselho Europeu reuniu-se para definir os novos caminhos contra o terrorismo, com cinco pontos básicos: reforçar a cooperação policial e judicial diante de ordem de detenção européia, que substitui o sistema de extradição; desenvolver os instrumentos jurídicos internacionais, com um chamado a aplicação dos convênio existentes; terminar com o financiamento do terrorismo; reforçar a segurança aérea; e coordenar a ação global da União Européia nesta luta contra o terrorismo.

Nos EUA, na mesma semana dos atentados de 11 de setembro, o Congresso definiu a própria legitimação para responder aos ataques, falando em termos bélicos, e autorizou o Presidente Bush a utilizar as Forças Armadas contra as nações, organizações ou pessoas que, segundo determine, hajam planejado, autorizado, cometido ou prestado apoio aos ataques ou amparado tais organizações ou pessoas. Diante desta base jurídica, iniciou a operação Afeganistão, em 07.10.2001, com a colaboração do Reino Unido. Em 26.10.2001; o Congresso norte-americano aprovou o USA Patriot ACT autorizando interceptar comunicações orais e eletrônicas e outros meios de vigilância eletrônica, medidas contra o desvio de

dinheiro e o financiamento do terrorismo, medidas dirigida à imigração, medidas de investigação do terrorismo, reforço dos poderes da CIA entre outros aspectos. Porém, a proclamação da jurisdição universal dos tribunais norte-americanos para a persecução do terrorismo, especialmente quando recordamos que os EUA sempre foram muito reticentes em firmar convênios internacionais sobre este tema (como o Convênio da Nações Unidas de Nova Iorque, de 09.12.1999, para a repressão ao financiamento do terrorismo e que ainda não foi ratificado, e sobre a Corte Penal Internacional,[26] em um explícito boicote às competências desta Corte, uma vez que, seus cidadãos teriam uma probabilidade muito alta de serem julgados por suas violações aos direitos humanos).[27] Com isso, os estrangeiros podem ser detidos, não só os acusados de participação em atos terroristas, mas também aqueles que o Procurador-Geral estime que possam estar envolvidos em qualquer outra atividade que possa pôr em risco a segurança nacional dos EUA, podendo ficar detidos até o momento de sua expulsão, com autorização do Ministro da Justiça, por exemplo (e as provas podem permanecer secretas). Centenas de estrangeiros estão nesta situação, e ninguém sabe seus nomes nem o lugar onde se encontram. Estes indivíduos de nacionalidade não norte-americana detidos depois de 13.11.2001, passaram a submeter-se a tribunais militares de exceção, em processos secretos e com provas que podem, em parte, serem secretas. A constitucionalidade desses tribunais fundou-se sobre os preceitos do Código Uniforme de Justiça Militar, que prevê seu estabelecimento em estado de guerra. O governo norte-americano decidiu não aplicar aos prisioneiros de seu exército no Afeganistão o Convênio de Genebra, porque não os considera prisioneiros de guerra. Como os estrangeiros que não se encontram em solo norte-americano não podem contar com a proteção constitucional dos EUA, optaram pela base de Guantanamo, em solo cubano, para a localização dos tribunais militares. Houve uma pressão muito forte dos movimentos de direitos humanos e da imprensa dos EUA e de todo o mundo, o que foi importante para a decisão do

26. CARMONA RUANO. Op. cit., p. 86-87.
27. MUÑOZ CONDE. Op. cit., p. 162.

Presidente Bush em aplicar a Convenção de Genebra aos prisioneiros talibãs, mas não aos membros da Al-Qaeda.[28] Sobre isso, diz Muñoz Conde:[29] "no se respeta más las garantías mínimas de la Convención de Ginebra en el traslado de los prisioneros de guerra, como tampoco se ha respetado la necesidad de autorización previa de la ONU para declararla; no se renuncia a utilizar armas prohibidas o no, pero en todos casos, de gran efecto destructivo tanto en personal civil, como en bienes culturales, asumiendo su destrucción como *daños colaterales*, o la eliminación selectiva de determinados dirigentes del grupo enemigo con los llamados *asesinatos selectivos*." Mais recentemente, o Congresso dos Estados Unidos (texto aprovado por 65 votos contra 34) aprovou a chamada Lei de Tortura, criando inclusive, tribunais militares de exceção. Além disso, os *suspeitos* de terrorismo serão julgados por legislação própria, afastada a Constituição Federal norte-americana, portanto. O Presidente da República é quem define quem deve ser julgado, os chamados *combatentes inimigos*. Também foi proibido o desrespeito *grave* à Convenção de Genebra, e define como tal a tortura, o estupro, experimentos biológicos e tratamento cruel e desumano. No mais, dá ao Presidente o poder de decidir quais os métodos de interrogatório poderão ser aplicados desde que "não causem danos físicos sérios, ou psicológicos permanentes". Por fim, valida as confissões obtidas mediante tortura obtidas antes de dezembro de 2005.

2.2 O terrorismo no Código Penal espanhol de 1995

O Código Penal espanhol de 1995 rompeu com a tradição de leis penais especiais. O tema agora está regulado entre os delitos contra a ordem pública do Título XXII (L. II) no Capítulo V, dos arts. 571 a 580, sob a rubrica *dos delitos de terrorismo*. A maioria dos delitos incriminados são, basicamente, delitos comuns agravados pelas características terroristas de sua execução.

28. CARMONA RUANO. Op. cit., p. 82-85.
29. MUÑOZ CONDE. Loc. cit.

O CP, nos arts. 571 e 577, trouxe elementos que tornaram possível uma definição jurídica de terrorismo. Ao incluir a alteração da paz pública como finalidade eliminou-se a conotação de delinqüência política que poderia ser atribuída.[30]

O art. 571 do CP destaca as finalidades buscadas: "subverter a ordem constitucional ou alterar gravemente a paz pública". Trata-se de ataques contra a convivência social e não de atos de guerra. Estão entre os delitos contra a ordem pública (e não entre os delitos contra a Constituição). Os arts. 571 a 575 estabelecem penas superiores às correspondentes pelos delitos comuns de dano, incêndio, delitos contra as pessoas, mesmo quando se trate da atuação de terrorista isoladamente. O art. 572.1.1 define penas de prisão entre 20 e 30 anos àqueles que causem a morte de uma pessoa; o art. 572.1.2 prevê penas de prisão de 15 a 20 anos para lesões graves; e penas de 10 a 15 anos de prisão nos casos de lesão (arts. 147, 148 e 152 do CP), detenções ilegais (art. 163 do CP), ameaças (arts. 169 e 170 do CP) e coações (art. 172 do CP). A isso soma-se uma nova agravante em razão das qualificações que ostente o sujeito passivo (art. 572.2 do CP).

Também queremos registrar que o art. 575 traz uma agravante para todos aqueles delitos contra o patrimônio praticados para financiar a atividade terrorista, ainda que o sujeito ativo não pertença a estas organizações.

Há elementos de direito penal do inimigo (que são distintos dos delitos ordinários) presentes nas infrações de terrorismo e que servem para justificar esse excedente de punição: uso de violência mediante armas, o significado político dos atos delitivos (motivação ilegítima em um sistema de liberdades), e a existência de uma organização. Exemplos: os arts. 576 e 577 do CP, este último sobre terrorismo individual, sem antecedente no ordenamento jurídico espanhol até o CP de 1995, parecem mais uma forma encontrada pelo legislador para fugir dos problemas de prova em relação com a conexão dos autores com a organização.[31]

30. SERRANO-PIEDECASAS, J. R. Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de Derecho. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAS-SANTOS, Maria Rosario (Coord.). *El derecho penal ante la globalización.* Madrid: Colex, 2002, p. 80.

31. Idem, ibidem, p. 84.

O art. 576.1 do CP, trata do delito de colaboração com grupo armado, configurado de forma autônoma, castigando com pena de prisão de 5 a 10 anos, o que "leve a cabo ou facilite qualquer ato de colaboração com as atividades ou finalidades perseguidas por uma organização terrorista". O mero apoio moral não é punível. Este delito de colaboração é de mera atividade, constituindo, em suma, uma forma de ato preparatório de favorecimento. Outro exemplo de direito penal do inimigo está no art. 578 do CP, com claríssimo efeito simbólico, pois as vítimas do terrorismo nada têm que ver com este delito. Ademais, conforme o art. 18.1, apartado 2 do CP, parece muito difícil voltar-se a falar em apologia do delito como crime. No já mencionado art. 578, há uma pena de 1 a 2 anos para o enaltecimento ou justificação, por qualquer meio de expressão pública ou difusão dos delitos compreendidos nos arts. 571 a 577, ou de quem haja participado em sua execução ou realização, que confiram descrédito, menosprezo ou humilhação às vítimas do terrorismo ou seus familiares.

No art. 579.1 e 2, castiga-se a proposição, conspiração e provocação. Dentro da provocação deve entender-se a apologia do terrorismo quando por sua natureza e circunstâncias constitua uma incitação direta a cometer um delito (art. 18.2). Estes atos são castigados com uma pena inferior em um ou dois graus a que corresponda a pena de inabilitação absoluta.[32]

Finalmente, no art. 579.3 do CP, nas figuras entre a desistência e o arrependimento, há uma menor necessidade de pena, tanto geral como especial, alcançando o terrorista arrependido, o que nos remete ao permanente desejo do direito penal em *converter almas*.

3. O conceito de bem jurídico frente ao direito penal moderno: expansão ou intensificação?

O moderno direito penal, já denominado de anacrônico e contraproducente por Hassemer,[33] parece haver perdido a noção de quais bens devem ser protegidos. É

32. Idem, ibidem.

33. HASSEMER, Winfried. Crisis y caracteristicas del moderno derecho penal. *Actualidad penal*, n. 43. Alcobendas(Madrid): General de Derecho, nov. 1993, p. 635.

verdade que o direito penal, atualmente, está dirigido a tutelar bens jurídicos antes inimagináveis. Entendemos que a expansão do moderno direito penal está justificada em relação a alguns novos bens jurídicos, ainda que supra-individuais, desde que adotemos um conceito personalista, no sentido de que esta proteção esteja realmente voltada aos interesses legítimos do indivíduo concreto, para sua realização no seio social.[34] Neste sentido, cremos que a razão está com Hassemer, quando afirma: "No me opongo a una modernización del derecho penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la prevención de nuevos peligros. Me opongo sí a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, sólo porque, en términos comparativos, el derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura y, en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia".[35] Não se pretende negar a importância de certos novos bens jurídicos universais próprios de nosso tempo, mas é preciso colocá-los a serviço dos bens jurídicos individuais.[36] Também estamos de acordo com Hassemer, quando este fundamenta a existência do bem jurídico penal segundo um critério negativo, hoje um pouco esquecido e substituído por um critério positivo e antigarantista. Segundo este critério negativo, somente as lesões às liberdades individuais devem ser castigadas: sem lesão não há delito. Hassemer fundamenta a existência desta relação entre delito e violação às liberdades individuais. O contrato social é a condição real de possibilidade do direito, no sentido de que se todos nós realmente renunciarmos à parcela de nossas liberdades em nome de uma mínima convivência possível, então, o Estado deverá proteger o que restou destas liberdades, tutelando-as o máximo possível, limitando seu próprio poder, pois o criamos para que facilite nossa convivência, e não para que nos destrua. Não obstante, parece que atualmente há uma mudança nesse critério de bem jurídico, que passa a ser positivo: existe um mandato para castigar numa clara intenção de produzir-se um efeito simbólico,

34. SILVA SANCHEZ. Op. cit., p. 162.

35. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 210.

36. HASSEMER. Crisis y características del moderno derecho penal..., p. 645.

atendendo à supremacia da prevenção geral, que, de meta secundária, tornou-se o paradigma penal dominante.[37]

Já que falamos deste efeito claramente simbólico do direito penal moderno, é preciso mencionar um outro fenômeno relacionado ao expansionismo: a intensificação. Esse fenômeno ocorre quando o direito penal intensifica sua proteção a bens jurídicos já protegidos, aumentando penas, endurecendo critérios para a obtenção de benefícios penitenciários, restringindo garantias penais e processuais, ampliando tipos penais, como ocorre com os delitos terroristas. Não negamos que o direito penal deva transmitir sua mensagem sobre valores e representações mentais para a sociedade, apontando e confirmando a vigência de um catálogo de bens que devam ser respeitados. Esse efeito é real e instrumental, e chama-se prevenção geral positiva. Todavia, quando não há bem jurídico protegido e o direito penal é usado como instrumento de pedagogia social, então é meramente simbólico e não é legítimo para sustentar-se, por si mesmo, como finalidade da pena, ou seja, falta-lhe legitimidade para modificar atitudes internas ou morais de um sujeito individual. De outra parte, o efeito simbólico parece ser uma tendência no atual direito penal, e que por isso, no dizer de Diez-Ripolles: "no se acomoda a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena."[38]

Essa discussão sobre até que ponto as decisões político-criminais fundamentam a pena encontra uma distinção muito oportuna dentro do pensamento de Roxin e de Jakobs, conforme demonstra Muñoz Conde.[39] Prevenção geral e especial, para Roxin, são finalidades político-criminais, enquanto para Jakobs, o único fim da pena é a declaração de frustração de expectativas estabelecidas na norma penal como exercício da confiança normativa. Em termos de culpabilidade, para Roxin,

37. Idem, ibidem, p. 638-639.

38. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Anuario Penal*, n. 1. Alcobendas(Madrid): General de Derecho, jan. 2001, p. 15-16.

39. MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal*. Barcelona: Práxis, 2000, p. 47-48.

aquela vem com a idéia, desde o ponto de vista político-criminal, de uma limitação do poder punitivo em relação às penas, do mesmo modo que von Liszt[40] entendia que "la dogmática jurídico penal (entendida como concepto de culpabilidad) sigue siendo la infranqueable barrera de la Política Criminal". Liszt[41] dizia: "el derecho penal es la *magna carta del delincuente*," protegendo não só a comunidade, senão o indivíduo que "se rebela contra ella", garantindo o direito de ser castigado apenas sob pressupostos legais e unicamente dentro dos limites legais. Para Jakobs, a culpabilidade não é um limite do poder punitivo estatal, porque se o direito penal atua em função da prevenção, não há limites para a execução desta tarefa. Para ele, a dogmática jurídico-penal é um sistema circular, fechado em si mesmo. Enquanto Roxin entende que a política criminal deve influenciar a elaboração do sistema de direito penal, Jakobs pensa que as conseqüências jurídico-penais são entendidas em si mesmas, sendo apenas conseqüências do direito penal vigente.[42]

4. Os fins da pena e suas relações com os delitos de terrorismo

4.1 Prevenção geral positiva ou de integração

A teoria da prevenção-integração nasceu ao final do século XIX, com Durkheim. Jakobs é um dos defensores dessa prevenção geral positiva e, fundado na concepção do sociólogo Luhmann, sobre o papel das normas jurídicas, diz que o direito penal tem a missão de estabilizar a convivência social e preservar a função orientadora das normas jurídicas. O delito apresenta-se como frustração de expectativas, ou seja, a confiança institucional veio a substituir a confiança pessoal nos sistemas complexos (já que considera que apenas em uma comunidade de organização

40. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. v. 2, p. 21.

41. Idem, ibidem, p. 33.

42. Idem, ibidem, p. 9.

elementar, de formas jurídicas rudimentares existem mecanismos espontâneos de confiança recíproca entre os indivíduos). Assim, Jakobs sustenta que "si el derecho garantiza un grado indispensable de orientación de la acción y de estabilización de las expectativas, su función resulta, sin embargo, independiente del contenido específico de las normas." Consiste numa teoria sistêmica levada a sua máxima conseqüência,[43] pois para Jakobs, a pena só tem a finalidade de "reafirmar la confianza en la norma".[44] Para ele, a ressocialização por exemplo, é apenas um *efeito* possível e desejável.

Essa sistematização apresenta um modo interessante de sair das aporias teóricas e das contradições entre política-criminal e dogmática. O que importa para Jakobs, não é tanto "la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo," ou ainda como diz Baratta:[45] "el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente, y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho para convertirse en un *subsistema físico-psíquico*, al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social."

As críticas à teoria preventiva geral positiva, contudo, não tardaram a chegar.

4.2 Será o medo a fonte dos efeitos simbólicos (ou da prevenção geral positiva)?

É preciso estar atento à sutil diferença entre o efeito simbólico da pena e o fim preventivo geral positivo. O perigo está em atender a "convicciones sociales"

43. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una *nueva* fundamentación de la pena dentro de la teoria sistemica. *CPC*, n. 24. Madrid: Edersa, 1984, p. 534.

44. Apud QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal*: parte general. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 88.

45. BARATTA. Op. cit., p. 535-537.

que estão impregnadas de reações psicossociais, "derivadas de la identificación de la sociedad con el delincuente, y la consecuente necesidad de tranquilizar sentimientos de culpabilidad."[46] Além disso, o próprio medo, como emoção primária ligada à conservação da vida, inicia desde a infância, e vai enriquecendo-se através de fatores cognitivos, afetivos e, principalmente, socioculturais. O medo é uma das motivações mais importantes utilizadas pelas leis penais sobre terrorismo. O medo e a insegurança são sensações. Na sociedade difundiu-se um exagerado sentimento de insegurança, que parece não guardar exclusiva correspondência com tais riscos, senão que se vê fortalecido por uma intensa cobertura midiática dos sucessos perigosos ou lesivos, pelas dificuldades com que tropeça o cidadão para compreender a acelerada mudança tecnológica e adaptar sua vida cotidiana a ela, e pela ampliada percepção social de que a moderna sociedade tecnológica passa por uma notável transformação das relações e valores sociais e por uma significativa redução da solidariedade coletiva.[47] Como vemos, consiste em um direito penal sem fins utilitários e esvaziado de bens jurídicos. Concordamos com Díez Ripolles:[48] "el derecho penal simbólico constituye un uso patológico de los efectos expresivos integradores de la sanción penal, resultando, sin embargo, insostenible la extendida descalificación o desconsideración de los componentes expresivos e integradores de la pena en la actual reflexión político-criminal." Assim, ainda que possamos reconhecer que sempre há um efeito simbólico na finalidade preventivo geral positiva da pena, vale dizer que o efeito simbólico, que tem sua importância em matéria de comunicação e afirmação de valores vigentes, não pode ser mais que um simples efeito secundário, ou seja, não pode ser convertido na *ratio essendi* da pena. Jakobs,[49] defensor da teoria preventiva geral positiva da pena, afirma que o caráter psicológico deve ser afastado da mesma,

46. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena..., p. 10.

47. Idem. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...*, p. 01:4.

48. Idem. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena...*, p. 20.

49. JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. *Poder Judicial*, n. 47. Madrid: Consejo general del Poder Judicial, 1997, p. 162.

já que sempre é um processo de comunicação, e que não pode ter seu conceito fixado sob repercussões psíquicas da comunicação, porque isto não é parte do conceito de pena. Conclui: "la prevención general positiva no es general porque tenga efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación." Para que a finalidade da prevenção geral positiva seja legítima deverá respeitar princípios e garantias individuais sem se deixar levar por reações psicossociais como o medo, no caso do terrorismo aqui examinado, perigosas do ponto de vista garantista e democrático (democracia aqui entendida no sentido ferrajoliano):[50] "ninguna mayoria, se ha dicho, puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario".

Concordamos com Silva Sanchez[51] no sentido de que ética-social, efeito simbólico e necessidades ou satisfações psicossociais são efeitos ou funções sociais que devem estar fora da teoria de legitimação do direito penal. Para nós, o direito penal não serve para proteger um consenso social gerado por essas razões. Destarte, a função geral positiva tem que ser limitada. Uma prevenção geral positiva sem limites é uma forma de neoretribucionismo dotado de um irracionalismo disfarçado.[52]

4.3 Da crítica nasce uma teoria limitadora

A preservação do sistema social está se sobrepondo às garantias, direitos e valores do indivíduo. Por que não utilizar de outros recursos mais eficazes do que o direito penal para estabilizar expectativas sociais? Falta analisar os custos deste direito penal do inimigo em face dos possíveis benefícios preventivos, já que a pena, principalmente a de prisão, pode ser a pior opção, como critica Cancio Meliá.[53]

50. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 865.

51. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: José Maria Bosch, 1992, p. 298-299.

52. QUINTERO OLIVARES. Op. cit., p. 88.

53. CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 21.

Lardizábal e Uribe[54] já dizia, em 1782: "la mayor parte de los que son condenados a cárceles y arsenales, vuelven siempre con más vicios que cuando fueron puestos allá." Baratta inclusive declara seu temor pela forma como a teoria psicanalítica é utilizada aqui para justificar a demanda social de uma pena, já que esta teoria representa uma proteção necessária dos mecanismos inibitórios contra o contágio de uma potencial identificação entre os sujeitos e o autor do delito. Refere Jakobs, ao sustentar tal posicionamento de base psicanalítica, o faz "independiente del marco conceptual de la teoría del inconsciente colectivo," porque se assim não fosse, estaria aceitando uma instrumentalização da pena como desejo coletivo de vingança, racionalizando o irracional. Para Luzón Peña, o perigo está em atender a uma demanda social derivada de uma psicologia coletiva que pode gerar penas excessivas, além de ser uma racionalização de irracionalidades (impulsos, agressividades e emoções).[55] Afirma García Pablos:[56] "la pena no es un bálsamo tranquilizador de pedagogía político-social. Aún con respecto al punto de vista interno, esta teoría falla acerca del sistema de imputación: la construcción del concepto de derecho penal del enemigo impide que este se use referido a un sistema de verdadero derecho penal". Segundo Cancio Meliá,[57] "desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del derecho penal basado en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del enemigo ante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de derecho penal."

Em relação a um ponto de vista externo, diz Baratta:[58] "hay una función conservadora y legitimante con respecto a la actual expansión e intensificación de

54. LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas.* México DF: Porrúa, 1982, p. 85, 1982.

55. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. *CPC*, n. 16. Madrid: Edersa, 1982, p. 97.

56. GARCIA PABLOS. Op. cit., p. 42.

57. CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 22-23.

58. Apud MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, *ADPCP*, n. 1. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, jan.-abr. 1986, t. XXXIX, p. 57.

la respuesta penal delante de los problemas sociales." Para Quintero Olivares:[59] "el derecho penal queda vacío de contenido y de funciones intrínsecas y específicas," e também menciona: "la eliminación de los límites del *jus puniendi* conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática." No mesmo sentido, Saez Valcarcel,[60] ao referir que ficamos com teorias sistêmicas vazias, não de efeitos puramente simbólicos, mas de ruptura de garantias. Roxin[61] sustenta: "hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata o ferenda*". A intenção de Roxin sempre é no sentido de encontrar um ponto comum entre o pensamento sistêmico e a política criminal. Para Mir Puig,[62] o problema é que se permite (e até mesmo se obriga) aplicar uma pena quando não seria necessária para a proteção de bens jurídicos. Este autor[63] declara que existem meios tão ou mais eficazes que a pena, como uma política social adequada. Por isso mesmo, propõe uma teoria de prevenção geral positiva que seja limitada por princípios como legalidade, de exclusiva proteção de bens jurídicos, de culpabilidade, de proporcionalidade, de ressocialização, entendida como oferecimento ao delinqüente de alternativas ao comportamento criminal ou, pelo menos, "cuando no sea posible, a esforzarse en evitar que la pena cause efectos desocializadores innecesarios."[64] Também neste mesmo sentido, Kury[65] menciona a necessidade de examinar os custos materiais e imateriais produzidos quando se adota a pena de prisão ou de morte, por exemplo, pois tais sanções trazem efeitos negativos

59. QUINTERO OLIVARES. Op. cit., p. 89.

60. SAEZ VALCARCEL. Op. cit., p. 6.

61. ROXIN. Op. cit., p. 23.

62. MIR PUIG. Op cit., p. 54.

63. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Ariel, 1994, p. 126.

64. Idem, ibidem, p. 127.

65. KURY, Helmut. Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas?, *AA.VV.*: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 293.

adicionais que podem anular os efeitos positivos existentes. Daí nasce a prevenção geral positiva limitadora.

4.4 Discussão sobre o fim intimidatório da pena nos delitos terroristas

Luzón Peña recomenda que na incompatibilidade entre as finalidades preventivas geral e especial, opte-se pela primeira, ao contrário do que pensa Roxin. Apesar de seguir a posição de Roxin, entendemos que Luzón Peña[66] ao defender a prevenção geral, em detrimento da especial, o faz por vislumbrar um risco maior na falta de estabilidade das consciências e dos mecanismos inibidores das tendências agressivas inatas. Com isso, defende a intimidação como aspecto mais importante da prevenção geral (mas dentro dos limites e exigências de eficácia ou idoneidade) e o princípio da necessidade da pena, para que se mantenha a proporcionalidade entre o fato e o castigo (e para que, conseqüentemente, o equilíbrio valorativo sobre o qual repousam os mecanismos inibidores dos sujeitos não seja perturbado). Luzón Peña, ao refletir sobre a prevenção geral positiva ou integradora, e mais, estabilizadora, entende que somente poderá ser um conceito racional se estiver vinculado à prevenção geral negativa (intimidação geral), e não como categoria autônoma, uma vez que traz em si mesma o perigo das irracionalidades psicossociais disfarçadas.

O problema aqui, quando tratamos de delitos terroristas, é que o efeito intimidatório da pena não nos convence. Não acreditamos que os terroristas sintam-se intimidados por um direito penal mais rigoroso e sem garantias. Concordamos com Muñoz Conde[67] no sentido de que direito penal acaba legitimando esses ataques, ao mesmo tempo em que denomina tais pessoas de *no personas*. Ademais, há muitos estudos comprovando que os indivíduos cujos comportamentos não são inibidos por

66. LUZÓN PEÑA. Op. cit., p. 97.
67. MUÑOZ CONDE. *El nuevo derecho penal autoritario*..., p. 175.

este tipo de pena, também não o serão por penas maiores, como refere Kury,[68] quando apresenta vários estudos demonstrando que não há uma comprovação acerca do efeito dissuasivo da pena de morte. De certo, muitos deles são movidos por convicções políticas ou religiosas, chegando a imolar-se em nome destes credos, o que torna a apoteose terrorista ainda mais sedutora, principalmente se considerarmos a grande quantidade de indivíduos portadores de psicopatias envolvidos neste processo.

Roxin entende que a predominância da prevenção geral negativa é rechaçável. Hassemer também critica a teoria da intimidação geral e prefere a prevenção geral *socialmente integradora*, no sentido de que o legislador deve considerar as valorações sociais sobre a gravidade do delito e as exigências da sociedade sobre a gravidade da reação social.[69] Para Luzón Peña, se a prevenção geral positiva é entendida como uma categoria autônoma, teremos a racionalização de impulsos, de agressividades e de emoções de caráter irracional. Para a psicanálise, segundo ele, há muita necessidade coativa ou compulsiva de castigo por parte da sociedade, para que mantenha suas próprias repressões. Como o direito penal deve ser a *ultima ratio*, mais racional que emocional, entendemos que a prevenção geral positiva deve estar limitada para que exista como finalidade da pena.

4.5 A teoria da união: o castigo pelo fato e a prevenção para o futuro

Adotamos a teoria da união como aquela que expressa nosso pensamento sobre os fins das penas, demonstrando que estas têm um caráter de castigo e de prevenção, analisados separadamente, momento a momento. Segundo esta teoria, a idéia de retribuição, e as prevenções, geral e especial, estão presentes como finalidades da pena, ainda que em momentos distintos: durante a elaboração

68. KURY. Op. cit., p. 297.

69. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

da lei, predomina a prevenção geral negativa ou intimidatória; no momento da imposição da pena, estão presentes a retribuição e também a prevenção geral positiva; já no momento da execução da pena temos a prevenção especial positiva ou de reinserção social, que deve ser realizada como possibilidade e não como coação, dentro dos limites garantistas já expostos e, às vezes, a inocuização ou o total isolamento do sujeito.

Jakobs apresenta uma forte crítica em relação a esta teoria, dizendo que retribuição e prevenção são idéias incompatíveis. Para ele, ou se castiga o indivíduo por ter cometido um delito (retribucionismo), ou se castiga para evitar que cometa outro (prevenção), Para Jakobs, estes são efeitos da pena, cuja finalidade segue sendo a afirmação e a confirmação da vigência da norma. Diz ele:[70] "(...) la razón no es sólo la maldad del acto, un *peccatum*, sino el mantenimiento de una determinada configuración social (...) lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad". Concordamos com o autor alemão no sentido de que retribuição e prevenção (especial ou geral) não podem ser conceitos vinculados entre si, uma vez que têm objetivos distintos. Contudo, devem ser limitados por princípios como o da humanização das penas, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da subsidiariedade, da culpabilidade, entre outros, pois um dos fins castiga pelo passado (retribucionismo), e o outro se dirige ao futuro (prevenção). Por sua vez, as prevenções devem estar limitadas entre si, pois ambas têm no futuro seu denominador comum. Por isso, discordamos de Jakobs quando este critica a teoria da união como se esta fosse uma tentativa de vincular as finalidades retributivas às preventivas e/ou vice-versa. A pena não é fruto de uma prevenção especial limitada pela retribuição, nem a retribuição abre as portas da prevenção. São, realmente, finalidades com naturezas diferenciadas, o que não significa que não sejam aplicadas, em momentos distintos, em um mesmo caso concreto. A nosso ver, é preciso considerar os atos praticados no passado para estabelecer-se a pena, ou seja, o delito não deve ser visto apenas como a violação de uma norma, e a pena,

70. JAKOBS. Op. cit., p. 150.

segundo nosso juízo, comporta as finalidades retributivas (orientação ao passado) e preventivas (orientação ao futuro), cada qual em seu momento.

4.6 A situação do fim ressocializador pela inocuização nos delitos terroristas da Lei Orgânica 7/2003

Diz a Constituição Espanhola em seu artigo 25, apartado 2, que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social".

Em primeiro lugar, cabe referir que a ressocialização deve ser entendida como o oferecimento de uma alternativa para mudança de comportamentos externos, e não como coação ou imposição de valores ou de reforma moral do indivíduo, o que é inadmissível e merece um juízo negativo, como refere Silva Sánchez.[71] Em seguida, vale referir o princípio da humanidade, "que proscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales, para el condenado, por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y el deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal".[72] Para o tratamento dos delitos terroristas, contudo, a Lei Orgânica 7/2003 trouxe novas orientações, contradizendo este preceito constitucional, em nome da busca por uma "protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves," como os delitos de terrorismo. Esta lei vigora desde 02.07.2003. Passemos a analisar alguns dos efeitos práticos resultantes dela.

O limite máximo do cumprimento de pena de prisão, que antes podia chegar, nos casos considerados mais graves, a 30 anos, agora poderá chegar aos 40 anos, por exemplo, no caso em que um indivíduo seja condenado por dois ou

71. SILVA SANCHEZ. Op. cit., p. 302.

72. CÓRDOBA RODA, Juan. La pena y sus fines en la Constitución. In: MIR PUIG, Santiago. *La reforma del derecho penal.* Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 151.

mais delitos de terrorismo, sendo pelo menos um deles com pena de prisão superior a 20 anos. Concordamos com Lopez Peregrin[73] no sentido de que as penas de prisão de 30 anos ou mais não têm possibilidade de alcançar qualquer efeito ressocializador. A mesma lei trouxe ainda outra novidade, o chamado "período de seguridad" (art. 36.2 do CP) que antes permitia ao condenado obter benefícios de progressão para o semi-aberto desde o primeiro momento, e que agora exige o cumprimento de pelo menos metade da pena, se esta for superior a cinco anos, sem a exclusão da responsabilidade civil. Não se abre qualquer exceção no caso de delitos terroristas.[74] Com respeito à progressão para o regime semi-aberto, há agora há três modificações no caso de condenação por delito terrorista:[75] o condenado precisa demonstrar, inequivocamente, que abandonou a atividade terrorista, e precisa colaborar com as autoridades. Exige-se uma petição escrita de perdão às vítimas e uma declaração de repúdio a suas atividades delitivas; não se aplica o regime excepcional de liberdade condicional (no qual basta haver cumprido dois terços da condenação): agora apenas se concede a liberdade condicional quando reste cumprir uma oitava parte do limite máximo de cumprimento; não se desconta o tempo de liberdade condicional do tempo que resta de pena que deverá cumprir na prisão, no caso de revogação da mesma.

Uma das características deste novo direito penal espanhol que mais nos chama a atenção é que o limite máximo de cumprimento de condenação elevado a 40 anos, em rigorosas condições de cumprimento, se mostra mais rigoroso do que em países onde existe a pena perpétua. Itália, Alemanha e França, por exemplo, prevêem prisão perpétua, mas alcançando certo limite temporal (26 anos na Itália e 15 na Alemanha) o indivíduo condenado começa a recuperar

73. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? *Revista española de investigación criminológica*, n. 1, 2003, p. 1-20. Disponível em: <http://www.criminologia.net/documents/ac0203.pdf>, Acesso em 14.02.2005, p. 12.

74. Idem, ibidem.

75. Idem, ibidem, p. 10.

sua liberdade pouco a pouco, através da liberdade condicional, pois os Tribunais Constitucionais destes países e o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendem que a prisão perpétua exige a possibilidade de uma liberdade antecipada.[76] Ademais, o CP de 1995 manteve o limite máximo de pena de prisão para delitos em geral em 30 anos. A diferença é que o CP anterior previa a remição de penas pelo trabalho, o que supunha a redução de um terço da condenação, aproximadamente, algo que foi eliminado pelo novo Código. No final, isto tudo parece confrontar com a orientação constitucional a ressocialização das penas, sobretudo nos casos de delitos terroristas.

4.7 Neoretribucionismo e inocuização: retorno ao direito penal do autor?

Nos dizeres de Hassemer e Muñoz Conde,[77] o neoretribucionismo não se preocupa com a proporcionalidade entre ato e castigo, mas em sustentar uma vingança que conduza a penas desproporcionais e que violem a dignidade humana. Hoje os EUA são o melhor exemplo de neoretribucionismo, através da neutralização, de inocuização, entendendo a pena privativa de liberdade, cada vez mais, como um fim em si mesma.[78] Possuindo hoje a mais alta taxa de reclusão do planeta, coincidindo com uma verdadeira expansão da indústria do controle de delitos.[79] Também na Espanha o sistema penal tem-se se incrementado e a resposta penal está mais dura desde o Código Penal espanhol de 1995, com sanções de prisão mais elevadas. As campanhas de lei e ordem definem políticas públicas,[80] num autêntico movimento de neocriminalização.[81]

76. Idem, ibidem, p. 16.
77. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 354-355.
78. LÓPEZ PEREGRÍN. Op. cit., p. 11.
79. SAEZ VALCARCEL. Op. cit., p. 7.
80. Idem, ibidem, p. 6.
81. CANCIO MELIÁ. Op. cit., p. 20.

Mais importante que a conduta, busca-se modos de condução de vida que são julgados. Vale lembrar como este direito penal do autor já foi utilizado, por exemplo, pela Escola de Kiel, na Alemanha nazista, ao considerar que o mais importante era a periculosidade por seu modo de conduta ou de vida em geral, ou pelo modo como se comportava o indivíduo, por suas atitudes internas, seus valores, sua forma de pensar, e não tanto pelo que fazia.[82] Não era por acaso que o penalista Edmund Mezger, colaborador assíduo do sistema nazi, dizia que o chamado *delincuente de estado* era o pior de todos, pois já não se tratava de uma tendência, senão de um estado anímico, de uma disposição interna para o delito e essas pessoas eram chamadas de *extraños a la comunidad*, a partir da lei de 1944.[83] Com este grupo conhecido por ser o "peor de los enemigos de la comunidad" *(gemeinschaftsfeind)*, não era necessário preocupar-se com a graduação da culpabilidade, pois eram incorrigíveis, assim era suficiente entrega-los à polícia. A nosso ver, o moderno conceito de *enemigo* e de terrorista encontra muitas semelhanças com o texto do projeto de lei sobre tratamento de estranhos à comunidade.[84]

Jakobs diz que a pena não serve para compensar um dano à vigência da norma, mas para eliminar um perigo, perigo este que segundo o próprio Jakobs[85] se encontra nos "nichos sociales de surgimiento de enemigos": criminalidade econômica, terrorismo, narcotráfico, delinqüência organizada em geral, delinqüência habitual, delinqüência sexual, e em toda a delinqüência grave. As leis antiterroristas têm por base um elemento subjetivo nos tipos penais para fins de agravamento e que se configura em uma espécie de ataque ideológico contra as pessoas, e não

82. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de igualdad, derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones. In: ASUA BATARRITA, Adela (Coord.). *El pensamiento penal de Beccaria:* su actualidad. Bilbao: Universidad de Deusto, 1990, p. 74-75.

83. MUÑOZ CONDE, Francisco. Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. *La ley penal*, n. 11. Madrid: La Ley, jan. 2003, p. 93.

84. Idem, ibidem.

85. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003, p. 59-62.

contra o delito.[86] Segundo Díez Ripolles, "se trata de la estructuración del derecho penal desde la persona del delincuente, y no desde el hecho dañoso cometido, de una nueva y reforzada legitimación, en definitiva, del derecho penal de autor".[87]

5. Conclusões

Parece que a expressão *antiterrorismo* vem significando uma fórmula mágica para justificar todo o retrocesso em matéria de direitos humanos. Esta expressão vem acoplada à idéia de um direito penal do inimigo, rechaçado pela doutrina majoritária. Muñoz Conde[88] diz que "en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona." Segundo ele, as regras da imputação não podem desvincular-se de um determinado conteúdo valorativo, ou seja, de uma determinada concepção de ser humano, da sociedade e do Estado. O homem enquanto pessoa humana possui garantias consideradas intangíveis em relação a todos, e qualquer violação é sempre um atentado à dignidade.[89] Por isso, concordamos com Gracia Martín[90] no sentido de que esta idéia de dignidade humana, vinculante para o direito, constitui o argumento decisivo contra o direito penal do inimigo, porque esta é uma qualidade inseparável de seu substrato ontológico.[91]

No que concerne aos fins da pena, nos parece que o fim retributivo está sempre presente. Por outro lado, vislumbramos hoje a presença de um fim preponderantemente preventivo geral positivo, muitas vezes contagiado pelo pânico da população. A intervenção penal, para ser legítima, não pode ser regida por tendências irracionais ou inconscientes da sociedade, que pretende satisfazer suas necessidades

86. MUÑOZ CONDE. *El nuevo derecho penal autoritario*..., p. 218.

87. DIÉZ RIPOLLÉS. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana*..., p. 01:20-01:21.

88. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 118-119.

89. FERRAJOLI. Op. cit., p. 99.

90. GRACÍA MARTÍN. Op. cit., p. 02:41.

91. Idem, ibidem, p. 02:42.

psicossociais de vingança, como ocorre hoje, infelizmente, com os movimentos de *ley e orden*.[92] Por sua vez, o fim preventivo geral negativo não nos convence, posto que entendemos que a maioria dos terroristas não se sente intimidado pela carga de castigos do direito penal. Em relação aos fins de prevenção especial positiva esclarecemos com muitos exemplos trazidos da própria legislação espanhola, que há um verdadeiro abismo entre o plano do ser e o do dever ser. Fora isso, pensamos que o fim de ressocialização, correntemente entendido como oferta de oportunidades e não como imposição de valores internos, deve ser uma constante, tanto para quem entende que isto seja um fim, ou que seja mero efeito da pena. Contudo, deixamos claro nosso repúdio ao fim neoretribucionista e seus efeitos simbólicos, e igualmente, ao fim inocuizador, que pretende lançar pessoas, no sentido mais real e completo da palavra, em uma perversão total de valores e de negação da dignidade humana. Apesar de nossas análises, parece que o neoretribucionismo, a prevenção geral positiva e a inocuização tornaram-se os grandes astros deste espetáculo.

Efetivamente o terrorista não se vê intimidado pelo direito penal. Diz Garcia-Andrade:[93] "el crimen para el fanático, es necesario, útil e inexorable." Como refere García Arán,[94] há uma tensão de difícil equilíbrio entre satisfação (passado) e eficácia (futuro). Se nem a pena de morte dissuade os terroristas, será que o aumento das penas privativas de liberdade terá tal eficácia? Estamos de acordo com Peregrín[95] quando menciona que o aumento das penas nos casos dos delitos terroristas, sem acesso a progressão de regime e à liberdade condicional, pode ter efeito inverso. A legislação antiterrorista reflete a dificuldade em manter o equilíbrio entre segurança e insegurança (e a maior insegurança

92. SILVA SANCHEZ. Op. cit., p. 308.

93. GARCÍA-ANDRADE, José Antonio. *Psiquiatría criminal y forense*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 238.

94. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Castigo satisfactorio o reinserción eficaz. El Periódico, 07.01.2003. Disponível em: <http://www.sppu.com/hemeroteca/200301/noticias/pagina3_070103.htm>

95. LÓPEZ PEREGRÍN. Op. cit., p. 13.

surge da falta de limites ao poder estatal). A segurança requer um poder, porém um poder com limites.[96] As medidas contra o terrorismo devem ser compatíveis com os princípios próprios dos sistemas democráticos, uma vez que estes direitos são os que constituem a base destes sistemas. É preciso buscar, dentro da ordem constitucional, uma forma de equilibrar uma necessária efetividade das medidas adotadas contra o terrorismo e garantir, ao mesmo tempo, o grau máximo de respeito aos direitos fundamentais.[97]

6. Bibliografia

ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, Julio. Uma reflexión sobre la violência política y el terrorismo. In: GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. *Políticas del miedo:* un balance del terrorismo en Europa. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una *nueva* fundamentación de la pena dentro de la teoria sistemica. *Cuadernos de política criminal*, n. 24. Madrid: Edersa, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. In-seguridad y lucha contra el terrorismo. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. *Actas del Coloquio Internacional Hamboldt.* Montevideo, abril 2003, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la Democracia*, n. 44. Madrid: Jueces para la democracia, jul. 2002.

96. BUSTOS RAMÍREZ. Op. cit., p. 410.

97. REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Constitución y medidas contra el terrorismo*: la suspensión individual de derechos y garantías. Madrid: Colex, 1999, p. 15 e 22.

CARMONA RUANO, Miguel. El impacto jurídico del 11 de septiembre. *Jueces para la Democracia*, n. 45. Madrid: Jueces para la democracia, nov. 2002.

CÓRDOBA RODA, Juan. La pena y sus fines en la Constitución. In: MIR PUIG, Santiago. *La reforma del derecho penal*. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad penal*, n. 1. Alcobendas(Madrid): General de Derecho, jan., 2001.

_____. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 7, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Acesso em 18.01.2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

GARCÍA-ANDRADE, José Antonio. *Psiquiatría criminal y forense*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Castigo satisfactorio o reinserción eficaz. *El Periódico*, 07.01.2003. Disponível em: <http://www.sppu.com/hemeroteca/200301/noticias/pagina3_070103.htm>.

GARCÍA PABLOS, Antonio. Tendencias del actual derecho penal. *AA.VV.:* Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

GRACÍA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *Revista electrónica de ciência penal y criminologia*. n. 7, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em 18.01.2005.

HASSEMER, Winfried. Crisis y caracteristicas del moderno derecho penal. *Actualidad penal*, n. 43. Alcobendas(Madrid): General de Derecho, nov. 1993.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. *Poder Judicial*, n. 47. Madrid: Consejo general del Poder Judicial, 1997.

_____. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.* Madrid: Civitas, 2003.

KURY, Helmut. Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas? *AA.VV.*: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso sobre las penas.* 1. ed. facsimilar. México DF: Porrúa, 1982.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. ¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas? *Revista española de investigación criminológica*, n. 1, 2003, p. 1-20. Disponível em: <http://www.criminologia.net/documents/ac0203.pdf>. Acesso em 14.02.2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 16. Madrid: Edersa, 1982.

_____. Principio de igualdad, derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones. In ASUA BATARRITA, Adela (Coord.). *El pensamiento penal de Beccaria*: su actualidad. Bilbao: Universidad de Deusto, 1990.

MARTÍN, José; NANCLARES, Pérez de. La cooperación policial y judicial en la Unión Europea: primeras reflexiones en torno a la lucha contra el terrorismo y la euroorden. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ

RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAS-SANTOS, Maria Rosario (Coords.). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

Metro Directo. Sevilla, 25.02.2005, p. 7.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 1. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, jan.-abr. 1986. t. XXXIX.

_____. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal:* parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista penal*. Barcelona: Práxis, 2000.

_____. Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944. *La Ley Penal*, n. 11. Madrid: La Ley, jan. 2003.

_____. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. El nuevo derecho penal autoritario. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Coords.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant Arma Togae. *Actas del Coloquio Internacional Hamboldt*, Montevideo abril 2003. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 75. Madrid: Edersa, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal:* parte general. Barcelona: Cedecs, 1996.

RAMON CHORNET, Consuelo. *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Constitución y medidas contra el terrorismo*: la suspensión individual de derechos y garantías. Madrid: Colex, 1999.

ROXIN, Claus. *Direito penal:* parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. v. 2.

SAEZ VALCARCEL, Ramón. La inseguridad, lema de campaña electoral. *Jueces para la democracia*, n. 45. Madrid: Jueces para la democracia, nov. 2002.

SERRANO-PIEDECASAS, J. R. Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un Estado de Derecho. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DÍAS-SANTOS, Maria Rosario (Coord.). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

_____. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TELLEZ AGUILERA, Abel. La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia. *El derecho penitenciario*, 11.08.2003. Disponível em: <http://geo.ya.com/webprisiones/opinion/15.htm>. Acesso em 10.02.2005.

Anexo

Artigos de interesse do Código Penal espanhol

Sección 2. De los delitos de terrorismo

Artículo 571.

Los que perteneciendo, actuando a l servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden

constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

Artículo 572.

1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1. En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2. En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3. En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.

Artículo 573.

El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores.

Artículo 574.

Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.

Artículo 575.

Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración.

Artículo 576.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

Artículo 577.

Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560 o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

Artículo 578.

El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.

Artículo 579.

1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

2. Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en

su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

3. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Artículo 580.

En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

Artículo 18.

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

Artículo 147.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

Artículo 148.

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Artículo 152.

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1. Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

2. Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3. Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

Artículo 163.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 169.

El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homi-

cidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

Artículo 170.

1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Artículo 172.

1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

Quem é o inimigo, quem é você?

Paulo César Busato

Doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito penal e Criminologia da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da UNIFAE e Promotor de Justiça no Paraná.

Quem é o inimigo, quem é você?

Nos defendemos tanto, tanto, sem saber porque lutar...

"Soldados": Renato Russo.

Sumário: Introdução – 1. Os fundamentos criminológicos e político-criminais do Direito penal do inimigo: 1.1 Globalização e expansão da vertente simbólica do direito penal; 1.2 A política de tolerância zero – 2. Modelos dogmáticos proclives à redução de garantias: 2.1 O direito penal de duas velocidades; 2.2 O direito penal do inimigo – 3. Um panorama brasileiro sobre o inimigo – 4. O terror da criminalidade de massa *versus* a política criminal do terror – 5. O reconhecimento do *alter*: uma proposta de rompimento do ciclo vicioso – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Descreve-se um panorama acerca das origens criminológicas da idéia de um direito penal do inimigo, uma vez que, em decorrência da globalização, a realidade da sociedade de risco tem sido usada como argumento discursivo para justificar um nocivo processo de expansão da vertente simbólica do Direito Penal, o qual se apresenta embalado pelo rótulo de um Direito penal do inimigo. Comenta-se o incremento da criminalidade como conseqüência da evolução social de alguns países industrializados e a política de tolerância-zero, a profusão de

normas recrudescentes como modelos dogmáticos expansivos e de reducionistas garantias. Analisa-se a proposta do direito penal de duas velocidades e a cisão no próprio Direito penal, transformando-se em Direito penal do inimigo e este identificado com o socialmente excluído. Aborda-se especialmente a situação político-criminal e criminológica do Brasil, bem como se descreve um panorama sobre o inimigo brasileiro. A proposta para a quebra do círculo vicioso aparece ao final, partindo do reconhecimento do alter.

Abstract: A vision concerning the criminologic origins of the idea of a Criminal law of the enemy describes, a time that, in result of the globalization, the reality of the risk society has been used as an discourse argument to justify a harmful process of expansion of the symbolic source of the Criminal law, which if presents packed for the label of an Enemy's Criminal law. One comments the increment of crime as consequence of the social evolution of some industrialized countries and the no-tolerance politics, the profusion of hard norms as expanding criminal system models and reducing guarantees. It is analyzed proposal of the criminal law of two speeds and the split in the proper Criminal law, changing into Enemy's Criminal law and this identified with socially excluded. The politician-criminal and criminologic situation of Brazil is approached especially, as well as if it describes a face of the Brazilian enemy. The proposal for the vicious circle in addition appears to the end, leaving of the recognition of the alter.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – Política de tolerância zero – Reconhecimento do alter.

Key-words: Enemy's Criminal law – Zero tolerance policy – Recognition of the alter.

Introdução

Vivemos um momento em que o Direito penal deparou-se com uma encruzilhada. A dimensão política e a contundência que são suas características

levaram-no a converter-se em um instrumento de permanente utilização por parte dos detentores do poder, como forma de, a um só tempo, responder a uma induzida sensação de insegurança social e demarcar claramente os espaços sociais correspondentes a distintas classes de pessoas. Tudo em obediência a interesses de discursos que transformaram a idéia de risco em ponto de referência para a organização político-criminal, gerando o que se convencionou chamar de Direito penal do inimigo ou Direito penal do terror. Quiçá a própria banalização da violência em tempos modernos tenha contribuído para a abertura deste espaço ou, por outro lado, também pode ser que o emprego institucionalizado de um instrumento de controle mais violento tenha estimulado a prática de mais violência. O que veio primeiro nesse círculo vicioso é coisa indefinível. O certo é que, cada vez mais, estamos nos batendo contra um inimigo oculto, que não sabemos exatamente quem é, e que ao final, pode ser identificado como nós mesmos.

Esta brutal estratégia faz com que os juristas se vejam obrigados a posicionar-se já não apenas desde um anódino ponto de vista teórico, em busca de referências de verdade empírica ou de coerência estrutural, mas também exige que eles explicitem quais são as conseqüências sociais e políticas de suas opções teóricas. Não é mais aceitável a postura de quem se esconde por trás de uma pretensão de "distanciamento teórico", principalmente se é dada por certa e até desejável a mescla das perspectivas dogmática e político-criminal.

Os temas de Direito penal já não estão mais restritos à academia, à pura discussão teórica sem afetação do cotidiano das pessoas. Cada vez mais os jornais, o cinema, a literatura, a *internet* e todas as formas de comunicação ocupam boa parte do seu espaço com o fenômeno criminal. As pessoas em geral, e não só a academia, esperam dos juristas muito mais que uma explicação distanciada das opções tomadas em aras da tratativa jurídica do crime.

Não é possível acreditar que aquele que busca ajustar um sistema à determinada opção política por ele conhecida, simplesmente não atine para os efeitos práticos de sua aplicação, já que a formulação é realizada justamente tendo em vista suas conseqüências.

Dentro desse contexto, o que se pretende nestas breves linhas é analisar as modernas tendências de sistemas dogmáticos funcionalistas que cada vez mais vêm ganhando espaço de discussão no cenário científico brasileiro, sob o prisma de sua configuração com uma proposição político-criminal que vem ocupando um espaço central nas discussões dos principais penalistas do mundo: o chamado *direito penal do inimigo*, isso sim, desde um ponto de vista voltado para as realidades social, histórica e política brasileiras.

1. Os fundamentos criminológicos e político-criminais do Direito penal do inimigo

Aqui procurarei apontar os fundamentos e os traços comuns entre o modelo criminológico e as justificações dogmáticas que estão na origem da fórmula do chamado Direito penal do inimigo.

A primeira coisa a ter em conta, para tanto, é que tratar de Direito penal sempre supõe estar discutindo sobre limites. Limites de intervenção, limites de tolerância, limites para a liberdade, limites para os direitos, limites para as ofensas, limites para o Estado, limites para o indivíduo. Ao compor o instrumento mais gravoso de controle social, o Direito penal está em permanente busca do equilíbrio entre segurança e liberdade, ou seja, em busca de suas fronteiras, de seus limites.

Visto de um distanciamento histórico, é possível perceber que a evolução do Direito penal consiste em sua progressiva diminuição e, por conseguinte, da fixação de limites paulatinamente mais amplos para a liberdade dos indivíduos.[1] Entretanto, não se pode negar que este movimento de diminuição não é uniforme,

1. Basta, para tanto, pensar no quão intervencionista era o Direito penal medieval e na falta de amparo jurídico às oposições que o indivíduo poderia manifestar em face do Estado. Vale lembrar, também, o comentário de Radbruch a respeito do futuro do Direito penal, no sentido de que "a sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um direito penal *melhor* do que o actual, mas na de um direito de *melhoria* e de conservação da sociedade". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Trad. portuguesa de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 324.

mas sim pendular. A história mostra que o fluxo permanente de diminuição de intervenção penal não ocorre sem sobressaltos em direção a modelos que bem podem ser qualificados de modelos de intolerância. Temo estarmos diante de um destes "soluços" históricos.

É de Prittwitz[2] a opinião, com a qual concordo, de que estamos vivendo um momento em que a realidade da sociedade de risco tem sido usada como argumento discursivo para justificar um nocivo processo de expansão que se apresenta embalado pelo rótulo de um *Direito penal do inimigo*.

1.1 Globalização e expansão da vertente simbólica do direito penal

Pode-se partir de uma simples constatação empírica: estamos vivendo um momento de orientação global ao recrudescimento da repressão. Não há dúvidas de que este estado de coisas é açodado, em certa medida por fatores como a globalização e a revolução tecnológica.

A quebra da bipolaridade do poder a nível mundial, somada à globalização econômica, e por força desta, cultural, levou a humanidade a um discurso mais ou menos hegemônico ditado a partir de uma fonte bem conhecida. Este discurso é o discurso da insegurança social, do rompimento de qualquer padrão em prol de uma pretensão de segurança que nunca chega.[3]

2. Vide, a respeito, PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004, pp. 31 e ss.

3. Em interessante observação, Baumann comenta que a segurança buscada pelo ser humano moderno é o resgate da idéia de *Sicherheit*, expressão alemã que traduz a idéia de segurança conectada às idéias de certeza e garantia. Segundo Baumann, é justamente essa *Sicherheit* que foi sacrificada pelo ideal de liberdade pregado pela modernidade. Agora, buscamos trocar parte de nossa liberdade [*Freiheit*] por uma idéia simples de segurança que não representa os termos daquela *Sicherheit* perdida. Por isso, comenta o autor, "não admira que a escassez de opções livres de riscos, isto é, *seguras*, e a crescente falta de clareza das regras do jogo que torna *incerta* a maioria dos movimentos e ainda mais as conseqüências dos movimentos sejam sentidas como ameaças à *segurança*". BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 125.

O estabelecimento de uma única potência mundial ao lado do crescimento das organizações supra-nacionais[4] e o poder de que se revestem as decisões tomadas tanto por uma, quanto por outras são fatores determinantes na adoção de uma política criminal uniforme a nível mundial, especialmente em âmbitos de interesses coletivos, como o meio ambiente, o trânsito de armas ou a economia.[5] Do mesmo modo, o crescimento da importância da mídia potencializa a difusão das idéias ditadas por este modelo.[6]

Aliás, convém notar que é justamente na economia que brota antes o processo de globalização, que só mais tarde se torna político e jurídico. Não é novidade que a expansão dos mercados sempre é a primeira opção de crescimento econômico, desde a instalação do processo de revolução industrial.[7] Mas esta atividade econômica supra-nacional atrai também a ânsia pelo lucro ilícito, pelo que, a pretensão de delinqüência alcança, da mesma forma, aspirações globais, em especial nos âmbitos societários.

À parte disso, as atividades cotidianas da sociedade, cada vez mais, se vêem associadas a um padrão elevado de riscos que fogem ao controle daquele que se arrisca.[8] Não há dúvida nenhuma de que no período medieval, por exemplo, uma pessoa estava muito mais exposta a doenças, a violência e toda a sorte de percalços

4. No que tange às organizações supra-nacionais, veja-se comentário em PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 32 e também FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.* Coimbra: Almedina, 2001, p. 35 e BAUMANN, Zygmunt. *Globalização...* cit., pp. 64-65.

5. Nesse sentido FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco"...* cit., p. 35.

6. Veja-se o comentário de Prittwitz em PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 32.

7. É ilustrativo o comentário de Hobsbawn no sentido de que "na Inglaterra de fins do século XVIII, duas coisas eram necessárias: primeiro, uma indústria que já oferecesse recompensas exepcionais para o fabricante que pudesse expandir sua produção rapidamente, se necessário através de inovações simples e baratas, e, segundo, um mercado *mundial* amplamente monopolizado por uma única nação produtora". In: HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções.* 18. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 56.

8. Sobre a tendência da perda de controle sobre as fontes de risco na sociedade pós-moderna, vide BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 33: "Muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nu-

que levavam a uma vida de sobressaltos e dificuldades. Em resumo, havia mais perigo, entendido como problema derivado de situações que não englobam como regra, uma decisão humana.[9] Por outro lado, a comodidade de nossos dias em utilizar energia elétrica, em movermo-nos em automóveis e utilizarmos telefones celulares, implicam em riscos de funcionamento das usinas nucleares ou termo-elétricas, nas enormes cifras de acidentes de trânsito e do depósito altamente contaminante das baterias dos telefones. Em resumo, estamos expostos mais permanentemente a riscos, que são problemas derivados de decisões humanas. A verdade é que nossa média de sobrevida é muito superior à do homem medieval, mas também é verdade que temos muito menos percepção das fontes de risco.[10]

A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança,[11] que faz com que o homem comum migre em busca de uma segurança que lhe é apresentada falsamente na embalagem do Direito penal.

Não é à toa, conforme observa Herzog, que "em muitas leis do Direito penal moderno se emprega a palavra 'luta' (contra a criminalidade econômica, contra a criminalidade ambiental, contra a criminalidade organizada). Como se o Direito

cleares o químicas, sustâncias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata".

9. "[...] o termo 'risco' vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as conseqüências que dela possam advir; ao passo que se fala em perigo quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo". MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 37.

10. Observa precisamente Paulo Silva Fernandes a dimensão deste fenômeno, ao comentar: "Não terá, por um lado, a sociedade sido sempre "de risco"? Não são os riscos "entemporais" e inerentes mesmo à própria vida e às decisões nela tomadas? Não vivemos, pelo contrário, numa sociedade caracterizada. Precisamente, por uma redução dos riscos e até por um incremento considerável de confiança nas soluções encontradas pela técnica e pela ciência para reduzir e/ou prever as doenças e as catástrofes naturais? Então não é certo que vivemos mais e melhor, que temos avanços notáveis na ciência ao nível, nomeadamente, da prevenção e cura das doenças, que "controlamos" a natureza, que tivemos conquistas de vulto conseguidas pelo triunfo do chamado "estado de bem-estar" (*Welfare State*)? FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco"*... cit., p. 48.

11. Idem, p. 44.

penal pudesse vencer o mal e afastar o caos mediante a violência".[12] Trata-se da fuga para o Direito penal descrita por Silva Sánchez.[13]

O discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, *convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social*, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo.[14] E, no afã de alcançar este objetivo inatingível de paladino do controle da violência, o Direito penal "tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas".[15]

Entretanto, a pretensão de que o Direito penal possa representar algum tipo de solução para estes problemas é absolutamente falsa, já que se sabe de antemão que, por um lado, o Direito penal somente atua com posterioridade, quando o fato

12. HERZOG, Felix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*. Barcelona: Praxis, 1999, p. 54.

13. "La solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico *lugar natural* – el Derecho de policía – sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción al Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 30. O livro conta com edição brasileira, publicada pela Revista dos Tribunais, com tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha.

14. Prittwitz alerta para esta transformação, ao comentar que "O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças, de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um 'direito que já passou a ser do inimigo', como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente". PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 32.

15. Esta é a expressão utilizada por Hassemer. In: HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 8. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 59.

danoso já se produziu, e que ele é incapaz de representar a solução mais adequada para prevenir riscos e muito menos para promover qualquer espécie de intimidação contra a realização de práticas delitivas.[16]

O Direito penal se converte, assim, em um mero *Direito penal simbólico*, incapaz de alcançar sequer os propósitos a que se propõe. Observa García-Pablos de Molina que o Direito penal efetivamente produz um efeito simbólico, mas este se converte no objetivo central da aplicação deste sistema de controle, como freqüentemente tem acontecido.[17]

1.2 A política de tolerância zero

Faz parte dos resultados das investigações criminológicas a conclusão de que no último terço do século passado, a despeito da evolução social de alguns países industrializados, houve um incremento da criminalidade,[18] o que possi-

16. A respeito, já nos posicionamos em BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal.* Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, cap. II, item 2, esp. p. 182.

17. "Que en una sociedad de signos y símbolos también el Derecho penal cumpla una cierta función simbólica, no puede extrañar. ¡En buena medida, el Derecho Penal tiene también una simbología *sui generis*! El problema se plantea cuando se utiliza deliberadamente el Derecho Penal para producir un mero efecto simbólico en la opinión pública, un impacto psicosocial, tranquilizador en el ciudadano, y no para proteger con eficacia los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. Porque entonces se pervierte la función genuina del Derecho Penal, que, es siempre una función *instrumental*". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal.* Introducción. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 98.

18. "O último terço do século XX testemunhou um aumento da criminalidade em todos os países industriais avançados, com a possível exceção do Japão. O aumento ocorreu mais cedo em alguns países, como os Estados Unidos, e mais tarde em outros, como a Holanda, mas por muito tempo pareceu ser implacável e inevitável. Ocorreu em períodos de pleno emprego e durante a recessão da década de 1980. Algumas vezes sua força foi dramática: num só ano na Inglaterra e no País de Gales (1991), a taxa de crimes registrados foi 25% maior do que a taxa total de crimes de 1950. Ocorreu apesar de aumentos maciços dos padrões de vida, dos gastos do sistema de justiça criminal em prevenção da criminalidade e medidas de segurança pessoal." In: YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Col. Pensamento Criminológico, n. 7. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 180.

bilitou a abertura de algum espaço no meio dos estudos de criminologia para uma conclusão de que nenhuma iniciativa gerava resultado de diminuição de criminalidade (*nothing works*).[19]

Porém, já no início dos anos 90, houve, especialmente nos Estados Unidos, uma redução genérica dos níveis de criminalidade, sendo que este resultado foi comprovadamente produto de iniciativas das mais variadas ordens.[20]

Entre estas iniciativas, se encontrava uma idéia de recrudescimento para com a criminalidade de escassa lesividade na cidade de Nova Iorque, consistente na diminuição da tolerância para com qualquer espécie de delitos ou comportamento considerados desviados do padrão social considerado desejável, no uso de medidas punitivas drásticas para alcançar este objetivo, uma difusão da idéia de associação entre incivilidades e crime, considerando que as pequenas infrações seriam a porta de entrada para crimes graves e adotando, como pretensão de cientificidade a permanente e repetida referência ao artigo publicado em 1982 na

19. Ibidem.

20. "Seis fatores, todos independentes da atividade da polícia e da justiça combinaram-se para reduzir fortemente a incidência dos ataques violentos nas metrópoles dos Estados Unidos. (...) o *florescente crescimento econômico,* sem precedentes na história nacional por sua amplitude e duração, deu trabalho e trouxe renda a milhões de jovens até então condenados à inatividade ou ao *bussiness* ilegal [...] os *efetivos de classes jovens* (de 18 a 24 anos, principalmente) foram diminuídos, o que se traduziu quase mecanicamente em uma baixa da criminalidade de rua, pois são essas faixas etárias, sempre e por toda parte, as mais propensas infrações violentas [...] a dupla transformação da economia da droga: de início, o comércio maciço do crack nos bairros deserdados se estruturou e se estabilizou, ainda que o recurso à violência como instrumento de regulação da competição entre gangues rivais tenha recuado bruscamente; em seguida o crack perdeu os favores dos consumidores, que se voltaram para outros estupefacientes, como a marijuana (consumida sob a forma de cigarro chamado *blunt*), a heroína e as metanfetaminas cujo tráfico gera menos extorsões. [...] um *efeito de aprendizado*, em virtude do qual as novas gerações de jovens nascidos após 1975 se afastaram das drogas pesadas e do estilo de vida perigoso que lhes é associado, pela recusa em sucumbir ao destino macabro que eles viram se abater sobre irmãos, primos e amigos, caídos no *front* da "guerra das ruas" no fim dos anos 80: toxicomania incontrolável, reclusão criminal, morte violenta e prematura. [...] Finalmente, as taxas de violência criminal divulgadas nos Estados Unidos nos primórdios da década de 90 eram *anormalmente elevadas* e apresentavam todas as chances de se orientarem para baixo, em virtude da tendência estatística de regressão em direção à média [...]". WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 46. Trad. Celso Eduardo Faria Coracini. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev. 2004, pp. 239-241.

Atlantic Monthly, intitulado "Broken Windows",[21] o qual pretende transmitir a idéia de que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais.[22]

Esta idéia certamente interessava aos setores socialmente dominantes, na medida em que vendia uma pretensão de segurança ao preço da intervenção e controle da vida cotidiana e, por isso, foi embalada por forte esquema de propaganda no sentido de vendê-la como responsável única pela redução da criminalidade.

Jock Young, contudo, esclarece que foi proposta uma falsa "equação simples" de que a tolerância zero, baseada na filosofia de "janelas quebradas", teria sido testada em Nova Iorque e levado a uma redução da criminalidade.[23] Diz ele que na verdade "*a criminalidade teve uma redução drástica em Nova Iorque no período 1993-96*, sendo esta a única parte da equação que é verdadeira (redução notável de 49,5% neste período)".[24] No entanto, esclarece:

"O que mais evidencia o fato da afirmação não ser razoável é que o declínio da criminalidade ocorreu em 17 das 25 maiores cidades dos Estados Unidos no período de 1993-97 [...] que adotaram explicitamente políticas menos agressivas (e.g. Los Angeles, logo após os tumultos), em cidades que usam policiamento orientado para a comunidade, como Boston e San Diego (Pollard, 1997; Currie, 1997). Ocorreu onde não houve nenhuma mudança de policiamento (e.g. Oakland) e mesmo em alguns lugares em que houve uma redução do número de policiais [...], e a taxa de criminalidade de Nova Iorque começou a cair antes de os novos métodos de policiamento do comissário Bratton serem instituídos".[25]

21. Nesse sentido YOUNG, Jock. *A sociedade excludente...* cit., p. 183.
22. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 25.
23. YOUNG, Jock. *A sociedade excludente...* cit., p. 184.
24. Idem.
25. Idem, p. 185.

No mesmo sentido Wacquant comenta que há importantes evidências denotando que não houve relação direta entre a política de tolerância zero e a redução de criminalidade em Nova Iorque:

"Primeira prova disso é que a baixa da violência criminal em Nova York foi declarada três anos antes de Giuliani aceder ao poder, no fim de 1993, e ela seguiu a mesma tendência depois que ele se instalou na *Gracie Mansion*. E mais: a taxa de homicídios cometidos sem arma de fogo nessa cidade diminui lentamente, mas com regularidade, desde 1979; apenas os homicídios por meio de balas diminuíram fortemente desde 1990, após terem avançado vôo entre 1985 e 1990, em razão da difusão do comércio de crack; e nenhuma dessas duas curvas apresenta particular inflexão sob o governo de Giuliani. (Jeffrey Fagan; Franklin Zimiring; June Kim) Segunda prova: o refluxo da criminalidade violenta é igualmente nítido nas cidades que aplicam a política novaiorquina de "tolerância zero", incluindo aquelas que optaram por uma aproximação diametralmente oposta, como Boston, San Francisco ou San Diego – em que a polícia, dita "de resolução de problemas", se ocupa em estabelecer relações contínuas com os moradores, preferindo-se prevenir os atentados a tratá-los *ex post* pela excessiva repressão penal (Judith A. Greene). Em San Francisco, uma política sistemática de "diversão" dos jovens delinqüentes para programas de formação, de aconselhamento e de tratamento social e médico permitiu reduzir o número de entradas em delegacias em mais da metade, diminuindo, ao mesmo tempo, a criminalidade violenta de 33% entre 1995 e 1999 (contra 26% em Nova York, onde os volumes dos aceitos em detenção aumentou em um terço no mesmo intervalo). Terceira prova: Nova York já havia colocado em funcionamento, entre 1984-87, uma política de conservação da ordem exigente e agressiva, similar a praticada após 1993, sob o nome de *Operation Pressure Point*, que se fez seguir por... um aumento pronunciado de violências criminais e notavelmente de homicídios. [...] a estratégia policial adotada por Nova York

durante a década de 90 não é *nem necessária nem suficiente* para explicar a queda da criminalidade nessa cidade".[26]

A idéia de tolerância zero, se por um lado, não tinha efetivamente produzido a diminuição de criminalidade, através de um intenso patrocínio ideológico levado a cabo pelo Manhattan Institute[27] buscou associar sua aplicação àquele benefício social, circunstância que já se demonstrou não ser verdadeira. Muito pelo contrário, foi claramente responsável pela produção de outros efeitos bastante nocivos. Nesse sentido concorre a observação precisa de Muñoz Conde:

"Efetivamente, se demonstrou que as políticas de *tolerância zero*, que foram implantadas em muitas cidades americanas, seguindo o modelo da de Nova Iorque a princípios dos noventa, ainda que momentaneamente pareciam reduzir um pouco as cifras de criminalidade geradora de insegurança cidadã (furtos, roubos, danos, etc.), analisadas a mais longo prazo não fizeram baixar de forma relevante o número de delitos, nem sequer as dos delitos menores, e sim,

26. WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada... cit., p. 238.

27. "É ainda o Mahattan Institute que vulgariza a teoria dita 'da vidraça quebrada' [broken windows theory], [...] Seu Center for Civic Initiative, cujo objetivo é 'pesquisar e publicar soluções criativas para os problemas urbanos baseadas no livre mercado' [...] financia e promove o livro de George Kelling e Catherine Coles, *Fixing broken windows*: restoring order and reducing crime in our communities ['Consertando as vidraças quebradas: como restaurar a ordem e reduzir o crime em nossas comunidades']. Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York promovido a chefe da polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.) [...] desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e 'outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto', segundo a terminologia de Kelling. 'Em Nova York, sabemos onde está o inimigo', declarava Bratton por ocasião de uma conferência na Heritage Foundation [...] os '*squeegee men*', esses sem-teto que acossam os motoristas nos sinais de trânsito para lhes propor lavar seu pára-brisa em troca de uns trocados (o novo prefeito Rudolph Giuliani fez deles o símbolo amaldiçoado da decadência social e moral da cidade, e a imprensa popular os assimila abertamente à epidemia: '*squeegee pests*'), 'os pequenos passadores de droga, as prostitutas, os mendigos, os vagabundos e os pichadores'." WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., pp. 25 e 26.

ao contrário, provocaram um aumento impressionante do gasto policial, o que, obviamente, conduz também a um aumento da atividade judicial e do número de condenações, com o conseqüente aumento da população penitenciária,[28] já que a maioria destes delinqüentes são condenados a penas de prisão. Inclusive este aumento da dotação policial provocou também o aumento das queixas de muitos setores cidadãos contra a violência e excessos policiais, motivadas pelas reações desproporcionadas com que às vezes a Polícia tem atuado em casos nos que não havia perigo de comissão de um delito".[29]

A impressionante e embrutecedora atitude policialesca da política novaiorquina não só produziu problemas, como tornou evidente, quando comparada com as cidades que tentaram o caminho a aproximação e do consenso no combate à criminalidade, que este último é o único caminho possível. Loïc Wacquant apresenta dados comparativos entre Nova York e San Diego que são absolutamente esclarecedores:

"[...] entre 1993 e 1996, a metrópole californiana exibe uma queda da criminalidade *idêntica* à de Nova York, mas ao preço de um aumento do efetivo policial de apenas 6%. O número de detenções efetuadas pelas forças da ordem diminui em 15% em três anos em San Diego, ao passo que aumenta em 24% em Nova York, atingindo a cifra astronômica de 314.292 pessoas presas em 1996 [...] Enfim, o volume das queixas contra a polícia diminui em 10% na costa do Pacífico, ao passo que cresce em 60% na cidade de Giuliani".[30]

28. "O aumento da população penitenciária nos Estados Unidos nos últimos dez anos como conseqüência desta política foi impressionante, triplicou-se, passando de setecentos e quarenta mil a quase dois milhões". MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicarágua: ICEP/UPOLI, 2005, p. 33.

29. "Por exemplo, em Nova Iorque em janeiro de 1999, uma dotação de quatro membros da unidade de polícia de 'luta contra os delitos de rua', que buscavam um presumido estuprador, realizaram 41 disparos, dos quais 19 atingiram o alvo, contra um jovem imigrante de Nova Guiné, de 22 anos, que se encontrava tranqüilamente no vestíbulo de um edifício, ferindo-o mortalmente (*caso Diallo*). E em março de 2001, na cidade de Filadélfia, dispararam contra um jovem motorista de raça negra que desobedeceu um semáforo vermelho, porque ao identificar-se os policiais pensaram que ia sacar um revólver do porta-luvas". In: MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero*... cit., pp. 31-32.

30. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., pp. 28 e 29.

O bombardeio midiático e a venda de uma falsa idéia de que a política de tolerância zero tinha alguma base criminológica[31] bastou para sua tentacularização para outras partes do mundo,[32] especialmente a Europa.

31. "O último mito planetário sobre segurança vindo da América não é o menos burlesco. É a idéia segundo a qual a política de 'tolerância zero', supostamente responsável pelo sucesso policial de Nova York, se apoiaria sobre uma *teoria criminológica cientificamente validada*, a famosa 'teoria da janela quebrada' (*broken-windows theory*). Esta, por sua vez, postula que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública abarca o desencadeamento dos grandes atentados criminais, (r)estabelecendo um clima sadio de ordem (Sebastian Roché) – em outra palavras, que prender ladrões de ovos permite frear, ou mesmo simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei. Ora, essa autodenominada teoria é tudo menos científica, pois foi formulada vinte anos atrás pelo cientista político ultraconservador James Q. Wilson e seu acólito George Kelling (antigo chefe da polícia de Kansas City, reconvertido depois em *Senior fellow* no *Manhattan Institute)*, sob a forma de um curto texto de nove páginas publicado, não em uma revista de criminologia, submetido à avaliação de pesquisadores competentes, mas no semanário cultural de grande tiragem *Atlantic Monthly* (espécie de cruzamento entre L'Exprés e Marianne). E que desde então não recebeu o menor início de prova empírica. Seus partidários citam sempre, em reforço da 'teoria da janela quebrada', o livro do cientista político de Chicago, Wesley Skogan, *Disorder and decline*, publicado em 1990, que persegue as causas e avalia os remédios às deslocações sociais ecológicas, a partir de uma bateria de pesquisas de campo de 40 bairros de seis cidades norte-americanas. Mas essa obra demonstra que é a pobreza e a segregação racial, e não o clima de 'desordem urbana', que são os determinantes mais poderosos da taxa de criminalidade na cidade. [...] a adoção do assédio policial permanente sobre os pobres no espaço público pela cidade de Nova York não possui, *na opinião de seus inventores, nenhuma ligação com uma teoria criminológica qualquer*. A famosa 'janela quebrada', de fato, só foi descoberta e invocada pelos oficiais novaiorquinos *a posteriori*, a fim de envolver, com roupagem racional, medidas populares junto ao eleitorado (em sua maioria, branco e burguês), mas essencialmente discriminatórias, tanto em seu princípio como em sua aplicação, e fazer volta inovadora ao que é apenas retorno a uma velha receita policial, periodicamente recolocada em funcionamento, e ao gosto do dia [...] A teoria da janela quebrada (*broken windows theory*) é mera extensão do que tínhamos o hábito de denominar 'teoria do quebra-colhões' (*Breaking Balls Theory)*, oriunda da sabedoria policial ordinária, que estipula que se os tiras perseguem com insistência um notório malfeitor por pequenos pecados, ele acabará, exaurido da guerra, por deixar o bairro para ir cometer suas malfeitorias alhures, de modo que a criminalidade nesse local diminuirá". WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada"... cit., pp. 245-247.

32. "De Nova York, a doutrina da 'tolerância zero', instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda [...] propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da "guerra" ao crime e da "reconquista" do espaço público, que assimila os delinqüentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos outros marginais a *invasores estrangeiros* – o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente". WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., p. 30. "Na verdade, o slogan policial da '*tolerância zero*' – que deu a volta ao mundo, enquanto, paradoxalmente, já não é praticamente mais utilizado nos Estados Unidos em matéria policial, onde até os políticos conservadores o julgaram ofensivo." WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada"... cit., p. 242.

Nesse sentido, comenta Muñoz Conde que o legislador espanhol adotou o nocivo critério de *habitualidade*, oriundo da fórmula americana *three strikes and you're out*,[33] ao aplicar penas privativas de liberdade de longa duração para "a realização no prazo de um ano de quatro contravenções contra a propriedade, constitutivas de furto simples, sempre que o montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito (400 euros)".[34]

Este critério de habitualidade, evidentemente tendente a um Direito penal de autor, é flagrantemente violador do princípio de culpabilidade, ao menos no que respeita à culpabilidade pelo fato,[35] guardando sua origem no instituto italiano do *delinquente por tendenza*, do Código penal fascista e na figura do *Gewohnheitsverbrecher* da lei sobre o delinqüente habitual vigente na Alemanha nazista.[36]

33. Esta fórmula, cuja expressão deriva da eliminação dos batedores no baseball quando não acertam a bola em três arremessos válidos é aplicada em termos criminais da seguinte forma: a pessoa acumula histórico delitivo, sendo que quando comete o terceiro ilícito contra o patrimônio recebe pena privativa de liberdade de longa duração. A rigor, trata-se de uma medida que gera uma pena oriunda não do fato, mas do histórico de vida do autor do fato. Contrariamente à moderna tendência de crítica ao incremento de pena para a reincidência, por reconhecer nela um fator social, a medida consiste em um verdadeiro Direito penal de autor.

34. "A habitualidade, em forma de reincidência constatada por condenações anteriores, transforma-se ademais de um modo geral no fundamento de uma super agravação da pena". MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero*... cit., pp. 14-15 e 16-17.

35. Da característica de intensa pessoalidade de que se reveste a idéia de culpabilidade, poder-se-ia entender que se trata de um princípio que conduz a um Direito penal de autor. Isso não é verdade. Claro que é possível pensar tanto em "culpabilidade pelo fato individual como culpabilidade pelo modo de vida", tal como se fez durante o nacional-socialismo, mas só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito. Veja-se, no mesmo sentido, o comentário de Jescheck no sentido de que "a essência da culpabilidade não é vista (...) em um defeito do caráter adquirido por uma má e culpável condução de vida ('culpabilidade pelo modo de vida'), mas em que o autor na situação concreta não se ajustou às exigências do Direito, apesar de isto ter sido possível (culpabilidade pelo fato)". In: JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 25. Por isso, nos dias atuais, não é mais aceitável uma "culpabilidade pelo modo de vida" ainda que, cumpre reconhecer, para a análise da reprovabilidade da conduta do sujeito quanto ao fato concreto por vezes seja necessário recorrer a dados da trajetória vital do autor, para a melhor compreensão de seu comportamento nas circunstâncias concretas. A culpabilidade é, enfim, característica do sujeito, porém, refere-se exclusivamente ao fato e a ele exclusivamente encontra-se vinculada.

36. A informação histórica é oferecida por Francisco Muñoz Conde em MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero*... cit., pp. 18-19.

Ademais, os delitos de pequena monta, como pequenos furtos, perturbação do sossego, embriaguez, uso de entorpecentes, etc., em função das desigualdades sociais próprias do capitalismo, procedem de uma camada bem determinada da população, composta pelos menos favorecidos economicamente, abrindo espaço cada vez mais para um discurso de inversão da análise criminológica da escola crítica.[37] Tanto é verdade, que a experiência da cidade do México com a política de tolerância zero foi um retumbante fracasso.[38]

Outro exemplo de tentacularização do discurso discriminatório vem da Escócia, onde Henry McLeish, ministro do Interior, propôs uma verdadeira "guerra" – assim por ele denominada – para "retomar a rua para as pessoas" e banir "os comportamentos de segunda classe em nossas comunidades".[39]

A mesma política repercutiu ainda em outros centros urbanos europeus como Frankfurt (campanha entitulada *Null Toleranz* – lançada pela união democrata cristã), Nápoles (*tolleranza zero* implantada pelo prefeito Antonio Bassolino)[40]

37. Não é de estranhar, pois, o uso de expressões tão infelizes como a do ex-presidente americano Ronald Reagan, no em jantar do Comitê de Ação Conservador, em 1983, quando sustenta que a principal causa da criminalidade não é outra que não o próprio criminoso, ao afirmar: "É mais que evidente que o essencial do nosso problema de criminalidade foi causado por uma filosofia social que concebe o homem como sendo principalmente um produto de seu meio ambiente material. Essa mesma filosofia de esquerda que pretendia trazer uma nova era de prosperidade e virtude pelo viés de gastos públicos maciços vê os criminosos como infelizes produtos de condições socioeconômicas ruins ou do fato de serem oriundos de um grupo desfavorecido. É a sociedade, dizem, e não o indivíduo, que está em falta quando um crime é cometido. O erro é nosso. Pois bem, hoje um novo consenso rejeita totalmente este ponto de vista". WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit, pp. 63-64.

38. "Ni la calidad de vida, ni el tráfico automovilístico, sector en que los que se acometió una estrategia de combate al desorden con la aplicación del alcoholímetro y severas sanciones a los infractores de tráfico, retirada de vehículos abandonados, sanciones a limpiaparabrisas, 'gorrilas' y 'graffiteros' etc., han mejorado norablemente. Tampoco las negociaciones con las llamadas 'sexo-servidoras' han mejorado la imagen de las zonas donde siempre se ha practicado la prostitución, ni se ha erradicado el 'narcomenudeo' o los pequeños hurtos; por no hablar de otros delitos más graves como atracos en plena via pública, secuestros, homicidios...". MUÑOZ CONDE, Francisco. Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo'. *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 2.544.

39. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., p. 30.

40. Idem, pp. 32 e 33.

e inclusive no Reino Unido, onde a discriminação chegou às escancaras, consoante revela o comentário de Wäcquant:

"Em um artigo brutalmente intitulado, 'Impedir os pobres de viver nas nossas costas', Madeleine Bunting, repórter do *Guardian*, faz um retrato lisonjeiro de Charles Murray, 'o guru americano que inspirou o programa Back to Basics' de John Major nos últimos anos do governo tory e para quem 'o Estado-providência deve ser arquivado a fim de salvar a sociedade da *underclass*', que já semeia a ruína social e a desolação moral nas cidades inglesas depois de ter devastado os bairros segregados das metrópoles americanas".[41]

Assim, parece não haver dúvida a respeito de contra quem se dirige modernamente o aparato penal. Os despossuídos, os vagabundos,[42] os excluídos do sistema social são aqueles contra quem se dirige primordialmente o Direito penal.

Ademais, é importante notar que a atitude em questão não é mais sequer disfarçada, senão que, pelo contrário, se faz alarde da necessidade de combater com rigor a chamada "criminalidade da miséria" independentemente de combater a própria miséria como endemia social.

Esta é a opção preferencial dos governos modernos. O Direito penal utilizado como instrumento de depuração da sociedade, através da exclusão do âmbito das nossas vistas, das pessoas que não pertencem a um determinado estamento social. Esta realidade criminológica é de conhecimento geral de todos os juristas, especialmente dos penalistas. Ninguém ignora que as orientações de recrudescimento político-criminal estão na ordem do dia dos países centrais, que dominam o

41. Idem, p. 41.

42. A expressão "*vagabundos*" é utilizada por Baumann ao comentar a divisão das pessoas no mundo segundo a idéia de movimento. Para ele, nossa sociedade busca o movimento incessante que é a característica central do consumo: a corrida permanente atrás de novos desejos, sempre crescentes e nunca satisfeitos. Com isso, a sociedade termina por "engajar seu membros pela condição de consumidores", em um esquema em que se cogita "se é necessário consumir para viver ou viver para consumir". Entretanto, o espaço não é de todos. Na verdade, apenas alguns têm efetivo acesso e podem efetivamente consumir, são os que Baumann denomina *turistas*, os demais, são lançados na moda do consumo, sem possibilidade alguma de efetivá-lo, estes são os que Baumann classifica de *vagabundos*. BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*... cit., pp. 87-94.

modelo político-criminal a nível mundial, influenciando, por via direta ou indireta, a política criminal manejada em todos os lugares do globo. Tampouco pode haver dúvida de que esta orientação representa um flagrante retrocesso.[43]

Deste modo, se pode afirmar sem a menor sombra de dúvida, que o modelo dogmático defendido por qualquer penalista leva implicada a conseqüência de sua aplicação e uma alta dose de conhecimento sobre suas origens e conseqüências. Por isso, as críticas dirigidas às teses que advogam a legitimidade da pretensão de expansão do Direito penal fundamentada na *Broken Wndows Theory*, se transmitem a qualquer proposta dogmática e político-criminal que autorize a referida expansão.

2. Modelos dogmáticos proclives à redução de garantias

Afinadas com a postura de "reagir com o Direito penal" contra a espiral crescente da criminalidade, as instâncias legislativas têm respondido com uma profusão de normas recrudescentes, que não guardam nenhuma preocupação com a preservação de garantias.

A partir disso, a doutrina penal se coloca em uma encruzilhada: ou toma o caminho da crítica reducionista, seguindo a escola de Frankfurt, na busca de um Direito penal mínimo, ou procura encontrar um caminho dogmático e político criminal de *justificação do processo de expansão.*

A segunda opção – agasalhar a proposição criminológica do embrutecimento das instituições jurídico-penais – é obviamente a menos recomendável na medida em que implica não enfrentar as instituições, mas tampouco enfrentar o problema, varrendo-o para debaixo do tapete.

43. O fato é evidenciado pelo interessante resgate histórico feito por Jacinto Coutinho e Edward de Carvalho, ao referirem: "'A mínima desobediência é castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas'. Este trecho de *Vigiar e punir*, de Michel Foucault (1987, p. 257), não fala da Nova Iorque do auge da Tolerância Zero, tampouco do Brasil desejado de muitos no futuro próximo ou no presente corrente. É ambientada em 22 de janeiro de 1840, em Mettray, a prisão juvenil mais rigorosa da França daqueles tempos". COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?. *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, n. 11. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 23.

Esta opção é subscrita também por quem defende que a criação de um Direito penal embrutecido não configura uma proposição, mas sim uma mera descrição da realidade e, como tal, não comporta alternativa. Esta posição, a meu ver, é uma verdadeira "opção de Pilatos", já que representa lavar as mãos para as conseqüências da aplicação do sistema. Esta postura aparece, a meu ver, em ao menos duas construções. Por um lado, na defesa de que o Direito penal possa operar com duas ou três "velocidades", ou seja, com mais ou menos garantias, conforme a gravidade dos eventos que castiga; por outro, a proposição que admite dividir os seres humanos entre "pessoas" e "não pessoas" em uma construção artificialóide que tem por escopo unicamente autorizar o uso do Direito penal como instrumento de discriminação.

2.1 O direito penal de duas velocidades

Uma das propostas mais debatidas recentemente, e não precisamente pelo aporte de qualquer perspectiva garantista, advém do trabalho de Silva Sánchez entitulado *La expansión del Derecho penal.*

Silva Sánchez, partindo da concepção de Ulrich Beck a respeito da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) faz um extenso diagnóstico a respeito das causas que levam o sistema penal de controle social a viver, atualmente, um processo de flagrante expansão.

Não me deterei aqui no diagnóstico de Silva, a uma porque não se pode concordar com todos os pontos de vista por ele aventados; a duas porque nem todos os aspectos por ele discutidos têm cabimento na realidade histórico-político-social brasileira e a três porque a análise criminológica já desenvolvida na primeira parte deste escrito, segundo creio, cobre suficientemente o panorama descritivo aqui exigido.

Desejaria, isso sim, por outro lado, discutir a proposta, ou melhor, o prognóstico que faz o penalista espanhol no referido trabalho.

É que Silva Sánchez, uma vez descrito o panorama social de exigência de mais Direito penal, propõe uma cisão no próprio Direito penal como uma forma de *desenvolvimento teórico* mais adequado ao nosso momento histórico.

Para tanto, começa com uma absurda crítica à pretensão de preservação das garantias que o Direito penal de corte humanista foi cobrando ao longo do tempo. Afirma, corretamente, que quem advoga a manutenção de um Direito penal liberal pretende, em última análise, "um Direito estrito de garantia dos cidadãos frente à intervenção coatora do Estado"[44] e logo, atribui essa postura a uma pretensão de resgate de um Direito penal próprio do Século XIX.

Entretanto, seguindo em seus comentários, diz Silva Sánchez[45] que o Direito penal que se pretende *reconstruir* jamais existiu, por dois aspectos: porque paralelamente ao grupo de garantias corria uma rígida proteção do Estado e, além disso, havia uma vigorosa concepção da pena, pelo que, esse grupamento de garantias não era mais que um *contrapeso* àquela realidade. Assim, a verdadeira imagem do Direito penal do Século XIX, segundo Silva Sánchez[46] "não é aquela que alguns pretendem desenhar hoje".

Quanto a isso, em primeiro lugar, é necessário reafirmar o que já se disse na abertura deste trabalho: somente uma visão muito estreita, turvada e limitada poderia conceber que a defesa das garantias representa uma pretensão de uma *volta* a algo. Somente é possível enxergar assim uma vista do Direito penal restrita a pouco mais de cem anos, e ainda assim, essa análise seria, pelo menos, errada. É que a história do Direito penal é a história progressiva de sua desaparição, de sua saída de cena. Só que esta história não se processa de modo linear, mas sim pendular, em marchas e contra-marchas e uma destas contra-marchas é justamente o que vivemos agora. Por isso estamos em um processo de expansão.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión*...cit., p. 149.
45. Ibidem.
46. Ibidem.

Por outro lado, um olhar com idêntico distanciamento histórico e análise crítica revelará que paralelamente à formação de um mecanismo de *controle social de emergência* que se traduz no Direito penal, sempre correu a formação de uma estrutura de garantias, organizada sob forma de princípios, que igualmente faz parte de uma concepção *macro* de Direito penal[47] e que, ao contrário do sistema de controle, apresentou um crescimento linear.

Ou seja, se concebe o Direito penal como muito mais que um mero sistema de incriminação, se lhe concebe também como sistema de garantias. Não é mais aceitável a concepção meramente kelseniana de que o Direito se encontra exclusivamente na norma. O Direito penal é também garantia contra a intervenção do Estado. Se o mecanismo de controle apresenta evolução histórica pendular, mas tendente à desaparição, o sistema de garantias apresenta evolução linear e crescente. Nem pode ser diferente se nos pretendemos hoje mais civilizados do que ontem.

Assim, não é correto o comentário de Silva Sánchez sobre uma *pretensão de retorno* ao Século XIX. O que querem os penalistas que enxergam o Direito penal além de sua expressão normativa é que qualquer alteração que se possa dar no sistema de controle social não rompa com a permanente evolução do sistema de garantias.

É verdade que as penas eram mais duras no Século XIX e também é verdade que o Estado era mais preocupado com sua própria estabilização. Mas é mentira que sejam estas as razões que fizeram com que existisse o nível de garantias que existia no Século XIX.

Se esta argumentação tivesse um mínimo de lógica, na época de Beccaria, em que tínhamos penas ainda mais graves, em que ainda se discutia teoricamente a pena de morte, haveria, proporcionalmente, mais garantias, o que não é verdade,

47. Sobre uma concepção ampla de um modelo integrado de Ciência Penal vide nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 3-28, esp. 26-28.

pois todos sabemos que então mal se desenhava a expressão normativa do princípio de legalidade.[48]

E justamente sobre esta base movediça Silva Sánchez construiu sua proposta. Ele entende que "no momento atual, o Direito penal vigente na maioria dos países de nosso entorno propicia a cominação com penas de prisão de média gravidade em situações de fato 'administrativizadas', com regras de imputação de rigidez decrescente e no marco de princípios político-criminais flexibilizados".[49]

Isso obviamente não corresponde à verdade. Basta, para verificá-lo, a origem do uso da expressão do baseball *three strikes and your're out* utilizada nos EUA para designar as graves penas aplicadas nos casos de reincidência, mesmo diante de delitos leves.

A ocorrência do caso Richard Allen Davis X Califórnia, no qual o réu praticou um seqüestro seguido de morte da vítima Polly Klass, de tão somente 12 anos de idade, enquanto gozava de liberdade condicional, no ano de 1992, foi decisivo para a aprovação (com 72% dos votos a favor), em 1994, da lei californiana que estabeleceu que ao réu que cometesse um segundo delito, depois de ter sido condenado como autor de delito grave ou violento seria castigado com o dobro da pena inicialmente fixada para o crime. E se cometesse ainda uma terceira infração depois de dois delitos graves ou violentos, seria submetido à pena de prisão perpétua com um mínimo de cumprimento efetivo de 25 anos encerrado. Esta lei desencadeou uma onda de cópias e entre 1993 e 1995 vinte e quatro Estados americanos e o governo federal aprovaram leis similares, endurecendo profundamente o tratamento contra os reincidentes. A estas leis, o público americano passou a referir-se como *three strikes and you're out*.

Ocorre que estas leis geraram impressionante desproporcionalidade, como por exemplo, no caso Califórnia X Leandro Andrade. O réu era viciado em drogas desde 1977 e tinha, em seu histórico, pequenos furtos leves e tráfico de maconha.

48. Sobre a evolução do princípio de legalidade: Idem, pp. 147-151.
49. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión*... cit., p. 150.

Foi flagrado tentando furtar umas fitas de vídeo do KMart com intenção de obter dinheiro para drogas. Foi condenado à prisão perpétua e, malgrado tenha sido interposto recurso com base na violação do princípio de proporcionalidade, o Tribunal Supremo americano manteve a condenação, dizendo que não havia violação do referido princípio.

Ora, evidentemente não se está produzindo, na realidade moderna, a "redução de gravidade" comentada por Silva.

Pois bem. Com base então neste bloco de falsas impressões, propõe Silva Sánchez[50] o que ele considera seja uma idéia mais "realista" do Direito penal, apto a acolher as atuais "demandas sociais de proteção penal".

Assim, para ele, nem todo sistema sancionador penal tem que ter as mesmas garantias, posto que há "conseqüências jurídicas substancialmente diversas".[51]

Portanto, para ele, seria possível ordenar "subsistemas penais" onde cada um deles, segundo a gravidade de suas sanções, mantivesse correspondente profundidade de garantias. Para Silva Sánchez[52] "a diminuição de garantias e de 'rigor' dogmático poderiam ser explicadas (e inclusive legitimadas) no Direito penal contemporâneo se isso fosse o correlato da generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos". Assim, Silva Sánchez entende que não deve haver qualquer preocupação com redução das garantias, desde que acompanhada da correspondente redução no nível de recrudescimento sancionador, e dá como exemplos o Direito civil indenizatório e o Direito sancionador de Ordenação (*Ordnungswidrigkeitenrecht*). Desde modo, para ele "não haveria nenhuma dificuldade para admitir este modelo de menor intensidade garantista dentro do Direito penal, sempre e quando – isto sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem prisão".[53]

50. Ibidem, p. 150.
51. Idem, p. 151.
52. Idem, p. 153.
53. Idem, pp. 154-155.

Por isso, propõe uma "configuração dualista do sistema de Direito penal, com regras de imputação e princípios e garantias em dois níveis"[54] ou duas *velocidades*. Uma, com penas contundentes e um amplo sistema de garantias e outro com penas mais leves, mas com menos garantias.

O problema é que se estamos tratando de uma redução sancionadora ela somente pode derivar de dois fatores: que o Direito penal em geral tenha evoluído e reduzido sua contundência recortando possibilidades de sancionar, mantendo, porém o equilíbrio interno; e outra, que o fato em si sofra redução drástica de sua importância social, hipótese em que o aspecto sancionador poderá ser trasladado para outras esferas menos contundentes do Direito, expressamente o administrativo. Pouco importa que as sanções penais de hoje não incluam mais os suplícios e os desterros. Isso é irrelevante. O que interessa é que como sistema sancionador, o Direito penal segue sendo o que dispõe do arsenal mais brutal de castigos admitido por uma sociedade. Por isso, sempre que estivermos falando em Direito penal, estaremos referindo, naquele contexto social, histórico e político determinado, o mecanismo mais duro de controle social de que o Estado dispõe. Isso é o que identifica o direito penal, é sua assinatura, seu aspecto essencial. E se isso não está presente, ou seja, se estamos tratando do sistema mais cruel de controle social disponível ao Estado, aí tem que estar, obrigatoriamente, o sistema de garantias mais profundo e estruturado. Qualquer desvio desta postura será sempre nocivo.

O fato de estar diante de uma infração que não cobra relevância social a ponto de exigir uma intervenção dura, não significa estar com uma situação de Direito penal que pode transigir com garantias, mas sim estar diante de uma situação que, por muito que a lei diga o contrário, não pode e não deve ser considerada Direito penal; e, nesse caso, nada resta a discutir a respeito de flexibilização de garantias.

Aliás, aqui é bom que se diga – esta é justamente a diferença entre a proposição de Silva Sánchez, de um fracionamento do Direito penal em duas (ou

54. Idem, p. 156.

três) velocidades (conforme veremos seguidamente) e a proposta de Hassemer – qualificada por Silva Sánchez de imprecisa[55] – de criação de um *Interventionsrecht* (Direito de intervenção).[56] Enquanto Silva prega a possibilidade de flexibilização de garantias do Direito penal, Hassemer expulsa para fora do Direito penal toda imputação não correspondente ao controle social do intolerável.

E nem se diga que isso é um mero jogo de palavras ou que não interessa o nome que se dê, estamos diante de uma intervenção estatal. É que a fronteira entre o penal e os demais ramos do Direito se estabelece justamente através de sua dimensão material representada pelo princípio de intervenção mínima.[57] Ou seja, Direito penal somente intervém em casos de ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo. O desvio social que corresponde a uma violação que não corresponda ao referido nível de gravidade, não pode provocar imputação penal.

Sustenta Silva[58] que sua proposta não é discriminatória, na medida em que o que se propõe não é a separação segundo distintos sujeitos, mas segundo distintos fatos.

Esta justificativa não cabe diante da iniludível realidade de que a discriminação pessoal parte do próprio processo de criminalização primária, sendo que a seleção dos fatos incriminados já se produz de modo dirigido a uma determinada classe de pessoas.[59] Prittwitz comenta que "...o direito penal é antes de tudo um instrumento para assegurar a dominação e até de opressão."[60]

55. Idem, p. 153.

56. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 72.

57. Sobre o princípio de intervenção mínima, vide nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução*... cit., cap. II.

58. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión*...cit., p. 156.

59. Veja-se, a respeito SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical.* 2. ed. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, esp. pp. 61-85.

60. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 35.

Além do mais, a pretensão de Silva Sánchez leva a um nocivo efeito colateral: ao pretender a separação entre dois direitos penais, um da pena privativa de liberdade, e outro das demais classes de sanções, estabelece como correto o uso da pena privativa de liberdade em um momento de evolução social em que ela já é questionada.[61] É que a evolução do Direito penal conduz à progressiva desaparição da pena privativa de liberdade. Associando esta às garantias acabaremos, em um futuro não tão longínquo, apenas com o Direito penal da segunda velocidade, ou seja, aquele sem garantias. Em curto prazo já teremos uma redução permanente e progressiva do espaço das garantias o que é, também, inadmissível.

Finalmente, se não fosse suficiente admitir a flexibilização das garantias para os casos de penas leves, Silva Sánchez chega ao extremo de admitir "um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas do que as do Direito penal de Primeira Velocidade".[62]

Esta proposta, que Silva denomina de *Direito penal de terceira velocidade*, segundo ele mesmo admite[63] "guarda estreita relação com o Direito penal do inimigo"[64] proposto por Jakobs.

Aliás, é o próprio Jakobs[65] quem, ao publicar uma resenha ao trabalho de Silva,[66] comenta que este autor "mostra uma absoluta compreensão frente à tendência a engrossar o Direito penal cada vez com mais tipos"[67] e além disso,

61. Sobre a derrocada da privação de liberdade como sanção penal veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

62. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión*...cit., pp. 163-164.

63. Idem, p. 164.

64. Idem, p. 153.

65. Jakobs se refere à tradução alemã da obra de Silva, *die Expansion des Strafrechts, Driminalpolitik in postindustriellen gesellschaften (Juristische Abhandlungen*, v. 41). Trad. Nuria Pastor Muñoz. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003.

66. A resenha de Jakobs foi publicada na edição argentina da obra de Silva publicada em 2006.

67. JAKOBS, Günther. Resensión. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal.* Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 229.

"não quer – pelo menos, não somente – censurar esta tendência como perversão do legislador".[68]

Jakobs considera que a separação do Direito penal em duas ou três velocidades "recorda a velha separação entre delito criminal e delito policial, a qual não deve considerar-se um inconveniente".[69]

Não é demais lembrar, por oportuno, que o projeto de lei sobre o tratamento de estranhos à comunidade em sua versão de 17.03.1944, formulado por Mezger, previa, entre outras coisas, que os "estranhos à comunidade" deveriam ser vigiados pela polícia, podendo ser enviados a centros assistenciais e até mesmo internados em acampamentos, que na verdade eram campos de concentração (Lager) sob administração policial.[70]

2.2 O direito penal do inimigo

A par da proposta de Silva Sánchez, certo setor doutrinário, capitaneado pelo Prof. Günther Jakobs reconhece a legitimidade de que em certos casos possa o Estado deixar de considerar o delinqüente como "pessoa" para tratá-lo como inimigo. E a essas alturas, já se dá por plenamente identificado como *inimigo* o socialmente excluído. A idéia de que a estabilização da norma é elemento central do sistema de imputação, leva Jakobs a colocar o homem em segundo plano, pelo que, não é de estranhar que para sua proposta, não haja óbice em desqualificar uma pessoa humana perante o Direito. Esta circunstância é certamente facilitada pela adoção da teoria dos sistemas como sua teoria de base.[71]

68. Idem, p. 229.

69. Idem, p. 231.

70. Vide, a respeito, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tiempo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 117-124.

71. É sabido que a estrutura de sistema de imputação e de sistema penal proposta por Jakobs se baseia na teoria dos sistemas importada da biologia de Maturana e Varela (*De máquinas e seres vivos* – autopoiesis a organização do vivo) para sociologia por Niklas Luhmann. Aliás, convém anotar que sempre defendi a idéia de que o erro central de utilização da teoria dos sistemas estava

Assim, colocando-se com uma postura de mero observador eqüidistante, o Prof. Jakobs sustenta ser um fato concreto da realidade moderna que muitas normas penais se revestem da característica de uma reação de combate a um inimigo, ao comentar:

"Há outras muitas regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos em que a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura diminui a disposição a tratar o delinqüente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (para permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas".[72]

A partir disso, reconhece que, ao menos nestas áreas, "a puniblidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige para os fatos futuros, não para os fatos já cometidos".[73] Esta perspectiva faz com que o legislador reaja contra o "estado de vida" do autor do delito, como se sua maneira de viver representasse uma ameaça permanente ao próprio Estado.[74]

justamente em Luhmann, porque a idéia de um conceber a sociedade como sistema autopoiético leva à composição de sistemas fechados, especialmente no campo do Direito, conduzindo à impossibilidade de crítica ao próprio sistema. Esta circunstância, a meu ver, demonstra que as ciências sociais, porque baseadas em cogitação e não em método empírico, resultam incompatíveis com a teoria dos sistemas. Não é de estranhar, portanto, que já em 1992, Luhmann lançou à consideração do meio acadêmico um questionamento sobre se ainda sobrevivem em nossa sociedade normas irrenunciáveis, explorando um caso hipotético onde um terrorista teria sido detido antes que uma bomba explodisse. A questão posta por Luhmann era se a polícia poderia ou não utilizar tortura contra o terrorista preso, para obter a informação sobre a localização da bomba. Para Luhmann, neste caso, deveria haver a renúncia à norma que proíbe a tortura para a obtenção da prova. Veja-se, a respeito, Audimax der Humboldt Universität Berlin, 28. Juni, 2001, http://www.forumjustizgeschichte.de/Darf_der_Staat.49.0.html.

72. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, pp. 38-39.

73. Idem, p. 40.

74. Ibidem.

Jakobs apresenta o fato como tal, sem posicionar-se criticamente a respeito do tema, o que levaria a crer, num primeiro momento, ser verdadeira sua postura de narrador distanciado do fato tal como ele se apresenta.[75] Outrossim, não tarda em defender a legitimidade de um tratamento penal de inimigo ao autor do delito de terrorismo, já que este não admite submeter-se à idéia de Estado, pretendendo a manutenção de um "estado de natureza" que não é admissível. Nestes casos, Jakobs[76] defende, "a necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma", razão pela qual afirma ser questionável que o Estado permaneça atado a uma "necessidade de respeitar o autor como pessoa",[77] já que de um terrorista não é legítimo esperar uma conduta própria desta condição. Qualquer semelhança aqui com a pretensão de reconhecer uma "culpabilidade por condução de vida", defendida por Mezger, enquanto ideólogo penal do nacional-socialismo alemão é muito mais do que mera coincidência.[78]

Jakobs[79] chega a defender que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e a crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. "Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente cidadão não deve assustar-se se os conceitos de "guerra" e "processo penal" se mesclam". Para ele, portanto, não é correta a postura crítica, pois entende não ser adequado, por um lado, tratar igual-

75. Jakobs, rejeitando as críticas veementes e freqüentes que se direcionam contra sua teoria, sustenta que não pode compreender tais posturas críticas, já que elas equivalem ao antigo costume de matar o mensageiro que traz uma mensagem negativa. (JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*... cit., p. 15). Assim, o autor se posiciona dizendo que simplesmente é um comentarista de como atua o sistema penal. Outrossim, a mera ausência de postura crítica diante deste absurdo, revela sua concordância, ou ao menos, anuência para com a proposta.

76. Idem, pp. 40-41.

77. Idem, pp. 41-42.

78. Mezger propõe a adoção de uma culpabilidade pela condução de vida ao associar a motivação a uma idéia de personalidade representada pelo caráter do autor (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. t. II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 58-68).

79. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*... cit., pp. 41-42.

mente *pessoas* e *inimigos* e, por outro lado, entende que o processo de expansão, seja em sua vertente incriminadora, seja em sua vertente penalizadora, volta-se contra o *inimigo* e não contra o *cidadão*. Por esta razão, Jakobs[80] defende abertamente a possibilidade de tratamento diferenciado, ao afirmar:

"O Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode ver neles pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que se deve impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também podem ser usadas em um lugar equivocado. [...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se denomina Direito penal de inimigo; com isto não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã".

No entender de Jakobs,[81] para a preservação do Direito Penal do cidadão é necessário "chamar de outro modo aquilo que se deve fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, isto deveria chamar-se 'Direito Penal do inimigo, guerra refreada'. Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de 'não cidadãos' de 'não pessoas', definitivamente, de 'inimigos'.[82]

80. Idem, pp. 47-48.

81. Idem, p. 42.

82. A desconsideração do criminoso como cidadão faz recordar um dos piores períodos da história político-criminal. É que o discurso do próprio líder nacional-socialista partia deste mesmo ponto: "O cidadão alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos". (Mein Kampf, Adolf Hitler). HITLER, Adolf. *Minha luta*. Trad. Klaus Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2003, p. 330.

Propõe finalmente Jakobs[83] que "quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo".[84] Jakobs entende que deve ser estabelecida uma diferença também a respeito da reação penal, sendo que enquanto ao cidadão se ameaça com uma pena, "o inimigo é excluído".

É curioso notar como a postura encontra adequação perfeita com a exposição de motivos redigida por Edmund Mezger para o projeto de Lei para o tratamento de "Estranhos à Comunidade" que ele enviou ao governo nacional socialista em 1943:

"No futuro, haverá dois (ou mais) Direitos penais:

– Um Direito penal para a generalidade (no qual em essência seguirão vigentes os princípios que vigeram até agora), e

– Um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinqüentes por tendência. O decisivo é em que grupo se deve incluir a pessoa em questão... Uma vez que se realize a inclusão, o "Direito especial" (ou seja, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicado sem limites. E desde este momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas... Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidade (estar na nova Ordem, nela reside um 'novo começo')".[85]

83. JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*... cit., p. 56.

84. Idêntico discurso foi adotado recentemente na Alemanha, no que ficou conhecido como "Caso Wolfenson". Em 05.05.2004, o historiador Michael Wolfenson, professor da Universidade do Exército de Munich concedeu entrevista para um canal de televisão, na qual afirmou, sem rodeios, que a prática de tortura contra terroristas era legítima, dado que o terrorismo seria um atentado contra os fundamentos normativos e os valores fundamentais da civilização. O professor alemão defendeu a idéia de que o Estado fracassaria ao tentar controlar a ação de terroristas com "métodos de cavalheiros". Ao ser inquirido sobre os excessos que poderiam decorrer da tortura, especialmente dada a ciência sobre o ocorrido em Guantánamo e Abu Ghraib, o historiador simplesmente afirmou que excessos ação comuns em ações do exército, já que soldados não são pensadores nem poetas. Isto demonstra claramente o tipo de posicionamento social que este tipo de doutrina fomenta.

85. MUÑOZ CONDE, Francisco. Las reformas de la parte especial... cit., pp. 2.552-2.553.

Resulta óbvia aqui a retórica do medo. As dificuldades contemporâneas de convívio com o risco geraram uma atitude de identificação da alteridade, da diferença, com o *risco*, personificando na figura do *inimigo* o risco de fonte desconhecida, da vida social. Nesse sentido, o comentário de Prittwitz:

"O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um "direito que já passou a ser do inimigo", como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente. Por detrás destes conceitos e concepções esconde-se na realidade, realidade esta que também se pode chamar de 'realidade política', a expansão do direito penal...".[86]

A adoção desta perspectiva seria equivalente a institucionalizar a diferença de tratamento entre o "cidadão" e o "inimigo". De um lado, reduzindo a nada a pouca efetividade prática que até hoje se conseguiu para o princípio da igualdade, e por outro, legitimando o Estado a escolher o perfil dos "inimigos" de plantão. Aparece a sinistra possibilidade de dizer se a classificação como "inimigo" deriva de sua condição de terrorista, de membro de uma quadrilha criminosa, de sua preferência religiosa, de sua raça ou sua condição social, quaisquer das condições que possam convertê-lo em um "estranho à comunidade".[87] Obviamente, nenhum

86. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 32.

87. Não é demais lembrar que a expressão "estranhos à comunidade" (*Gemeinschaftsfremde*) foi utilizada pelo direito penal nacional-socialista, como fundamento da incriminação.

Estado que negue a qualidade de pessoa a um indivíduo pode auto-proclamar-se democrático de Direito.

Assim, chega-se ao sacrifício de um princípio – de igualdade – que nem sequer logrou atingir seu apogeu de pretensão de igualdade material, em prol de uma segurança que é sabidamente artificial e serve de disfarce a interesses rasteiros de cunho neoliberal que reduzem a dimensão social do Estado a uma mera atividade policialesca.[88]

O desprezo pelo ser humano é evidente. Quem está na condição do "inimigo" e, portanto, de "não pessoa" pode simplesmente ser "eliminado". Comenta Muñoz Conde[89] que, quando Jakobs é confrontado com a violação de direitos constitucionais fundamentais, rompimento de declarações internacionais de direitos humanos ou recrudescimento de penas, que caracterizam a supressão de garantias própria de um Direito penal de inimigos, simplesmente reage com o seguinte argumento: os inimigos não são efetivamente pessoas (*Feind sind aktuell Unpersonen*, no original alemão).[90] Isso não constitui nenhum problema para a proposta de sistema de imputação do Prof. Jakobs, justamente na medida em que

88. Nesse sentido Loïc Wacquant observa que "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* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo". WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., p. 07. No mesmo sentido BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*... cit., pp. 74 e 76 comenta que o Estado se converteu em mero gestor da ordem pública para pavimentar o trânsito dos negócios internacionais: "No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega empresas ... Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos nacionais são encarregados da tarefa de administrar os negócios em nome deles. (p. 74). Quase-Estados, Estados fracos podem ser facilmente reduzidos ao (útil) papel de distritos policiais locais que garantem o nível médio de ordem necessário para a realização de negócios, mas não precisam ser temidos como freios efetivos à liberdade das empresas globais". (p. 76).

89. MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero*... cit., pp. 51-52.

90. Vide, a respeito, JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Coord. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 60.

ele defende que a redução do indivíduo a um "subsistema psico-físico",[91] mantendo no centro da organização sistemática a preservação da estabilidade normativa. Assim, já não importa a pessoa como tal, mas tão somente o fato de que o modo como este subsistema se organiza não é compatível com o sistema social em que ele está inserido. A artificialidade da proposta não pode ser ocultada.

A escolha da norma como centro de organização do sistema de imputação reduz a importância do homem de modo a permitir o desprezo de determinado "tipo de homem", que passa a ser considerado "inimigo". Mas neste processo se esquece que a identificação deste mesmo inimigo resulta de um processo de criminalização primária[92] que, se atualmente se dirige ao terrorista, em outro momento se dirigiu aos *Gemeinschaftsfremde* (estranhos à comunidade).[93]

Mas a proposição não resulta somente injustificável como também incoerente, gerando um interessante paradoxo: se a proposta de *eliminação do inimigo* fere o princípio de igualdade que é um dos direitos fundamentais do ser humano, e base do Estado democrático de direito, também os cidadãos são afligidos em seus interesses fundamentais, especialmente de preservação do modelo de Estado que se organiza para garantir os interesses destes, expressos no referido princípio. Sendo assim, dita proposta constitui uma apologia contra o Estado, que terminaria por justificar a aplicação de um Direito penal do inimigo contra o próprio Estado! Vale dizer: a proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a idéia de formação do próprio Estado, que é a entrega de uma parcela da liberdade em troca da proteção mais eficiente destes mesmos direitos fundamentais. Se permitirmos ao Estado, chamado a nos proteger,

91. JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte General. 2. ed. Trad. Juaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 183.

92. Sobre o processo de criminalização primária a partir da teoria do *labelling approach* veja-se HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 155 e ss., e BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 85 e ss.

93. Sobre a política criminal de eliminação dos associais, levada a cabo pelo estado nazista, veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger...* cit.

que desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos – condição esta da qual depende a legitimidade do próprio Estado que formamos – quem nos protegerá do Estado? Com base em que legitimidade o Estado punirá o inimigo?

Para evitar esta contradição, a proposição funcionalista-sistêmica tem que esquecer completamente do homem para a organização do sistema de imputação e terminar voltada única e exclusivamente à norma. A conversão da norma em centro de organização do sistema de controle do Estado não é, então, uma "opção teórica", mas sim uma necessidade diante da negação do homem.

A escolha da norma como centro do sistema de imputação permite reconhecer como missão do Direito penal a sua própria estabilização. Para fundamento da pena, propõe-se a prevenção geral positiva, ou seja, a preservação da confiança geral na vigência normativa. Em contrapartida, mantém-se completamente afastadas do sistema as idéias de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal.

O esquecimento da condição humana do autor do delito presente nesta proposição dogmática é o que permite a formulação de um "Direito penal do inimigo" e logo, o que dá as boas vindas às construções legislativas de matizes menos garantistas.

3. Um panorama brasileiro sobre o inimigo

O Brasil não está livre do processo de expansão derivado da manipulação do medo que nasce com a sociedade de risco.[94] O Prof. Miguel Reale Jr.[95] apontou,

94. "O crescimento da violência e a incompetência do Estado para enfrentar o problema, somadas ao agravamento de diversas e variadas tensões sociais, ao clima de pânico irrefletido e fobia coletiva, fomentados, em grande parte, pela mídia, resultam, invariavelmente, na busca frenética e irresponsável por panacéias, por remédios milagrosos e simplistas, capazes de devolver-nos à mítica paz de nossos antepassados e abolir, de vez, toda a insegurança que nos rodeia (sem considerar que a insegurança é um traço da sociedade pós-industrial, ou de risco, que deriva de outros fatores, que não a ausência de repressão estatal)". SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim do IBCCrim*, n. 126. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, maio 2003, p. 07-09.

95. REALE JR., Miguel. Insegurança e tolerância zero. *Revista de Estudos Criminais*, n. 9. Porto Alegre: Notadez, 2003, pp. 67-68.

com precisão, dois exemplos claros da manipulação política do medo generalizado entre as pessoas para a introdução de um discurso violador de garantias, ao referir que "um candidato a presidente, em debate na *Folha de S. Paulo*, afirmou ser a favor dos direitos humanos, mas dos humanos direitos" e que também um "candidato a governador afirmou que a polícia é eficiente, mas os direitos humanos a impedem de trabalhar". Evidentemente as posturas, classificadas por Reale Jr.,[96] com acerto, de "fascistóides" e ignorantes a respeito do próprio conceito e abrangência dos Direitos humanos, mostra claramente que o discurso de lei e de ordem também alcançou o Brasil.

As proposições têm dupla dimensão. Por um lado, são reveladoras do modelo político-criminal que está inserido no contexto da política em geral no Brasil atual. Por outro, bem assim, ao considerarmos que se tratava de candidatos a cargos eletivos do pleito havido há quatro anos, possivelmente este discurso já então era partilhado por significativa parcela do eleitorado, do contrário, não estaria tão evidenciado nas plataformas e opiniões levadas a público pelos políticos. E, curiosamente, no certame político atual, quatro anos depois, os discursos se repetem, pois nada foi resolvido.

Estes formadores de opinião são, na verdade, vendedores de ilusão, oferecendo uma falsa segurança, que, afinal, nunca chega. Nesse sentido o oportuno comentário de Delmanto:

"A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas".[97]

96. Idem, p. 68.

97. DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, junho 2006, p. 05.

O efeito criador de opinião, no entanto, fica bastante claro pela análise dos recentes levantamentos estatísticos efetuados pelo *Datafolha*, mencionados pelo editorial do *Boletim do IBCCrim* n. 166, onde se menciona que "do total de 6.969 entrevistados em todo o País, 51% querem a pena de morte e 84% defendem a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos".[98]

Estes dados são pertinentes à demonstração de que a opinião pública em geral resta contaminada por uma idéia de lei e de ordem. É um panorama claramente revelador da existência de um Direito penal do inimigo genuinamente brasileiro.

Parece que caminhamos em direção a uma involução que tende a perder o foco da correta direção do desenvolvimento, já há muito anunciada por Tobias Barreto,[99] ao referir que "nenhum povo é realmente grande, senão pela liberdade, que tem ou que conquista".

Não se pode tolerar uma postura político-criminal que, em busca de um efeito dissuasório da criminalidade que o Direito penal não é capaz de oferecer, transija com direitos e garantias fundamentais construídas ao longo de séculos. A ideologia da pan-punição ditada por interesses oriundos das matrizes capitalistas, quando aplicada em sociedades que não atingiram um ideal de plena democracia, resultam ainda mais danosas.[100]

98. IBCCRIM. Editorial: A escalada da violência. *Boletim do IBCCrim,* n. 166. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, setembro 2006, p. 01.

99. BARRETO, Tobias. *Introdução a estudo do direito*. Política Brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

100. Comenta Loïc Wacquant que "as elites do Estado, tendo se convertido à ideologia do mercado total vinda dos Estados Unidos, diminuem suas prerrogativas na frente econômica e social que é preciso aumentar e reforçar suas missões em matéria de 'segurança', subitamente relegada à mera dimensão criminal. [...] a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século". WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., p. 07.

O discurso político-criminal da intolerância que grassa hoje no Brasil vem embalado pela importação descuidada de argumentos de autoridade, impulso midiático permanente e confiança nas instituições em que a sociedade é incapaz de divisar a farsa do uso simbólico do Direito penal, mais além da fumaça que este mesmo promove.[101]

4. O terror da criminalidade de massa *versus* a política criminal do terror

O momento vivido hoje no cotidiano brasileiro já inclui um modelo muito próprio de atentado: as ações violentas ditadas por grupos contra símbolos dos poderes constituídos. Esta realidade sociológica vem sendo tratada como uma crise não da sociedade e nem mesmo das instituições, mas sim como uma crise de "segurança", à qual o poder constituído responde com 'mais do mesmo',[102] ou seja, recrudescimento legislativo, sob o aplauso insano da mídia e da população em geral.[103]

101. Como exemplo do espaço doutrinal concedido ao discurso de acolhida dogmática às proposições que identificaram no autor delito a figura de um inimigo basta citar a míope leitura dos trabalhos de Jakobs que consegue enxergar "signos de defesa clara de um Direito penal garantista" e é capaz de identificar nele "um dos críticos mais agudos do modelo de direito penal do inimigo". Referida por Alejandro Aponte, In: APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal de ciudadano. *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez. 2004, pp. 11-12.

102. Por exemplo, "o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), com o qual, ferindo a Constituição e tratados internacionais por nosso país assinados, o governo paulista pretendeu retomar o controle dos presídios e desbaratar as organizações criminosas que os dominam. De forma cruel e desumana, causadora de distúrbios psicológicos e psiquiátricos, os que nele entram podem permanecer em diminutas celas, com pequenas aberturas para o exterior pelas quais passam apenas as mãos, por até mais de um ano. Em absoluto isolamento, sem rádio, televisão ou revistas, só saem das celas uma hora por dia". DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD... cit., p. 05. Para uma análise mais detida sobre o Regime Disciplinar Diferenciado e sobre suas origens como produto de nefandas modernas tendências de política criminal, veja-se BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.

103. A insanidade compartida entre mídia e massa ficou evidente em recente comentário de renomado comentarista e analista político de rádio e televisão que qualificou de "heróica" a

Basta ver que imediatamente após os ataques havidos a delegacias de polícia e outros prédios públicos, apressaram-se as autoridades públicas e os políticos em geral a buscar nos veículos de comunicação, acenando com propostas de novas medidas legislativas penais recrudescentes.

Estas medidas compõem obviamente uma "legislação penal do terror"[104] e buscam identificar um "inimigo", embaladas pelo discurso político-criminal de lei e de ordem. Conforme comenta Nahum, "o Estado não respeita direitos de quem é criminoso. Este passa a ser considerado inimigo da sociedade aterrorizada por parte da mídia ensandecida".[105]

No entanto, erra quem pensa que só agora estamos diante de uma situação de emergência, ignorando toda a espiral de violência fomentada pelo próprio discurso repressivo das instâncias de controle que desde há muito vêm utilizando o Direito penal como resposta à demanda por segurança. Há muito vivemos o que Marco Antônio Nahum[106] muito bem qualifica de um "vendaval repressivo, fruto de emoções e demagogias irresponsáveis". Assim foi, para citar exemplos legislativos mais recentes, já desde 1990, com a edição da lei de crimes hediondos, com a inclusão do homicídio qualificado e posteriormente da falsificação de medicamentos no rol da supracitada lei, com vedações à liberdade provisória e à progressividade de regime de cumprimento de pena, esta última somente recentemente afastada por construção jurisprudencial, a lei do porte ilegal de arma, com vedação de fiança,

lamentável atuação recente da Polícia Federal, que tem realizado um sem número de prisões espetaculosas baseadas em escutas clandestinas e outras modalidades de prova ilícita que dificultam sobremaneira a formação de culpa com base em claras estruturas jurídicas democráticas e, por conseguinte, um juízo condenatório formal.

104. Também denominada "legislação do pânico", conforme KAHN, Túlio. Por um novo sistema federal de segurança pública. *Boletim do IBCCrim*, n. 165. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, agosto 2006, p. 06 e PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Legislação penal do pânico como resposta à crise da segurança pública. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, junho 2006, p. 06.

105. NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. *Boletim do IBCCrim*, n. 128. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, julho 2003, p. 02.

106. NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime... cit., p. 02.

a lei de crimes contra o meio ambiente, o Código de Trânsito, as sucessivas leis antitóxicos, a lei que criou o malsinado Regime Disciplinar Diferenciado e até mesmo a Resolução 507 do Conselho da Justiça Federal, de 31.05.2006, que estabelece diretrizes para investigações sigilosas, na qual se impede até mesmo vista dos autos da investigação aos patronos do investigado, em flagrante violação do princípio de ampla defesa.[107]

Como bem observou Plínio de Arruda Sampaio,[108] "penas mais severas, prisões mais duras, polícia mais truculenta, é tudo quanto os porta-vozes da burguesia reclamam para deter a violência criminosa". Isto porque, "há muito tempo a burguesia brasileira renunciou a qualquer projeto civilizatório e a classe média não tem outro sonho senão o de copiar o padrão de vida burguês". O fenômeno é explicado por Hannah Arendt,[109] ao comentar que "a violência aparece como último recurso para conservar intacta a estrutura de poder contra contestadores individuais – o inimigo externo, o criminoso nativo".

O produto do emprego de todo este arsenal foi dantesco. Vozes lúcidas de nossa doutrina têm associado o aumento da criminalidade e inclusive a criação das mais perigosas quadrilhas, responsáveis pelos atentados públicos recentemente havidos em São Paulo, à opção político criminal adotada pelos governantes brasileiros:

"[...] mister não esquecer, outrossim, que os nossos legisladores tiveram uma participação ativa para a consolidação do atual quadro de pavor carcerário,

107. "Art. 5.º – O caráter sigiloso ou o atributo de segredo de justiça de dados ou informações constantes de volumes ou apensos de processo ou investigação será estendido a todo o processo ou investigação, salvo determinação judicial em contrário. § 1.º – o acesso aos autos ficará restrito às partes e seus procuradores, servidores e autoridades, a critério da autoridade judicial. § 2.º – Não será permitida a carga de feitos sigilosos (inquérito ou processo) à parte requerida, a fim de se garantir a manutenção da decretação de sigilo. § 3.º – A vista dos autos nos feitos declarados sigilosos dependerá sempre de autorização expressa do juiz competente e restringir-se-á apenas aos elementos processuais essenciais à ampla defesa do interessado".

108. SAMPAIO, Plínio de Arruda. O ponto de não retorno. *Caros amigos*, ano X, n. 113, agosto de 2006, p. 40.

109. ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 3. ed. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001, p. 38.

inicialmente com a aprovação da Lei dos Crimes Hediondos (1990), que recrudesceu as penas e proibiu a progressão de regime, aumentando consideravelmente a população carcerária brasileira que passou dos 49 mil, em 1990, para os atuais 370 mil, provocando distorções e repúdio nos encarcerados. O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), criado em São Paulo em 2001 e transformado em lei federal em 2003, que autorizou o isolamento do preso por tempo indeterminado, fez surgir o Primeiro Comando da Capital (PCC) de trágicas conseqüências sociais [...]".[110]

"[...] nossa sociedade, ainda hoje, está pagando a conta da lei dos crimes hediondos, editada há doze anos. As rebeliões e fugas no sistema prisional têm direta relação com uma lei que surgiu, casuisticamente, sob o pretexto de coibir crimes como o tráfico de drogas e o seqüestro, mas ao custo de retirar milhares de condenados a esperança de reaver a liberdade [...]".[111]

E o fenômeno não é apenas captado pelos próprios brasileiros, senão que sua dimensão é percebida pelos cientistas sociais, criminólogos e penalistas de todo o mundo, consoante revela o perfil da sociedade brasileira traçado com precisão pelo professor de sociologia da Universidade da Califórnia, em Barkeley e pesquisador do Centro de Sociologia Européia em Paris, Loïc Wacquant refere:

"[...] a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente *agravada* pela intervenção das forças da ordem. O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da "pimentinha" e do "pau-de-arara" para fazer os suspeitos "confessarem", as execuções sumárias e os "desaparecimentos" inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. Uma estatística: em 1992, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis – contra 24 mortos pela polícia de Nova York e 25 pela de Los Angeles [...] É de longe o recorde absoluto das Américas. Essa

110. NUNES, Adeildo. O preço do castigo. *Boletim do IBCCrim*, n. 166. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, setembro 2006, p. 05.

111. SICA, Leonardo. Medidas de emergência... cit., p. 07-09.

violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a 'subversão interna' se disfarçou em repressão aos delinqüentes".[112]

O resultado produzido é, ao contrário do que se pretendia, o incremento da criminalidade. É necessária uma mudança de foco, já detectada por muitos operadores do direito, conforme bem ilustra a lúcida observação do Ministro Marco Aurélio Mello:

"Busquemos as causas, não os efeitos. A ousadia, o cinismo e o deboche dos bandidos não se exacerbam por inexistir um sistema legal punitivo severo. A Lei dos Crimes Hediondos confirma a tese de que não adianta majorar, tampouco endurecer o regime de cumprimento das penas. Antes, a omissão do Estado – desviando-se do bem comum, não proporcionando aos cidadãos condições mínimas de subsistência digna, no que se incluem objetivos fundamentais, como segurança, saúde, educação – resultou no aprofundamento das desigualdades sociais – escara que todos os brasileiros envergonha e humilha – cujo preço é o recrudescimento sem peias da violência urbana até a rural".[113]

É por isso que o Direito penal tem se tornado, cada vez mais, uma mera ferramenta simbólica, manejada com o propósito de dar uma falsa impressão de segurança em uma sociedade de incremento das desigualdades. Quando acontece um fato marcante, dirigem-se as baterias criminais contra esta forma de criminalidade, ao sabor do interesse midiático, mas muito raramente contra a verdadeira criminalidade organizada, endêmica às estruturas criminalizantes.[114]

112. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*... cit., p. 08.

113. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A guerra dos nossos dias ou a guerra de todo dia. *Boletim do IBCCrim*, n. 126. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, maio 2003, p. 02.

114. Entendo por criminalidade organizada, seguindo a esteira de Hassemer, aquela infiltrada nas instâncias de poder. Assim, concordo com a observação de Leonardo Sica, no sentido de que "o crime organizado só existe, se mantém e se desenvolve apoiado em estreitas ligações com

O produto final é a permanente retro-alimentação de uma política criminal do terror,[115] açodada pelo medo gerado pelo descontrole da criminalidade de massa, esta sim, derivada do flagrante abandono dos investimentos sociais e do permanente estado de flagelo da maior parte dos brasileiros. A conclusão é que a própria intervenção do Estado no controle da criminalidade, tal como é exercida, atacando conseqüências e não causas, obedecendo critérios demagógicos de seleção de mecanismos de prevenção e repressão do crime, gera o caos e o aumento de criminalidade.

Como se nota, há uma histeria de parte dos poderosos que se vêem finalmente alcançados pelo monstro da violência, desde sempre alimentado pelo desprezo pelas desigualdades, já grande demais para ser varrido para baixo do tapete.

Só que, ao contrário do que se poderia esperar, o discurso popular de esquerda – identificado como a pretensão daqueles que são oprimidos pelo sistema – não é configurado dentro de uma idéia de oposição sistemática à violência, em busca de recobrar o sentido da igualdade, mas sim, corre de encontro ao fomento da mesma agressividade institucional!

Nesse sentido é interessante observar que as pesquisas de opinião dão conta de que "quanto menor é o nível de escolaridade dos depoentes, maior é a defesa do endurecimento penal, a simpatia pela política de encarceramento em massa e

o estado: a infiltração do crime na máquina estatal é o seu traço marcante, seu ponto forte. Na verdade, não há um 'Estado paralelo', posto que paralelas nunca se cruzam. Há uma organização trançada, envolvendo o tráfico (de drogas, de armas etc.), a lavagem de dinheiro, a corrupção e membros dos três poderes. Contudo, isso não aparece na retórica vazia dos paladinos da lei e da ordem. Por isso, é possível afirmar que qualquer plano minimamente decente de combate ao crime organizado deve estar pautado pela investigação das ramificações crime/Estado e pelo corte da ligação de tais organizações com a máquina estatal". SICA, Leonardo. Medidas de emergência... cit., p. 07-09.

115. Nesse sentido, Leonardo Sica observa que "a violência reproduz-se numa espiral. Violência pessoal, violência social e violência institucional formam essa espiral, ou seja, os crimes de rua e de subsistência, o crime organizado, a coação policial, as decisões judiciais excessivamente rigorosas, as opções político-criminais paleorepressivas, os clamores punitivos dos 'homens de bem' e a intolerância crescente das classes média e alta, realimentam-se, fomentando o incremento da própria violência". Ibidem.

a indiferença com relação ao extermínio de jovens não-brancos, sem escolaridade, economicamente excluídos e socialmente rejeitados".[116]

O fenômeno foi muito bem observado por Prittwitz: "tenho freqüentemente a impressão de que aqueles que por assim dizer querem *inverter* o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo".[117]

A pretensão de uma orientação político criminal de punibilidade máxima dirigida aos poderosos é tão nociva às garantias mal firmadas do discurso iluminista, quanto a maquiagem oferecida pela igualdade meramente formal, perante a lei e não corresponde a um legítimo discurso *de esquerda*.

Maria Lúcia Karam, atribui a falha do discurso à perda de um referencial socialista concreto:

"Sempre me assustou muito essa fantasia de querer usar o sistema penal contra as classes dominantes. Mas a esquerda foi avançando, não parou aí. Por perder esta perspectiva do socialismo, com a derrocada do socialismo real, todo mundo ficou perdido, sem um modelo de socialismo. [...] A esquerda ficou perdida e sem essa perspectiva de futuro. [...] eu continuo de esquerda. Os outros é que não são. Eles têm um discurso igual ao da direita, não há a menor diferença. Antes, só queriam criminalizar a conduta das classes dominantes, que o sistema penal fosse igualitário, algo ímpar na sociedade capitalista, que é toda desigual. A partir da perda da visão de futuro – não há mais socialismo, não há mais revolução – a esquerda tornou-se eleitoreira. Ao viver a perspectiva de ocupar espaços de governo, ajusta seu discurso ao que diz a mídia, ao que se chama de opinião pública, e que gosto de dizer que não é pública e sim opinião publicada".[118]

116. A escalada da violência. *IBCCrim*... cit., p. 01.

117. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 44.

118. KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001, p. 13.

Comenta Prittwitz que o processo de expansão do Direito penal atende aos anseios de duas vertentes que, em princípio, não deveriam coincidir. Assim, "quem quer usar o direito penal [...] principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política".[119]

Por outro lado, também identifica Prittwitz outra aliança que ele qualifica de "igualmente grotesca", no discurso daqueles "que criticam e transformam em escândalo um direito penal ainda repressor e aqueles que temem – justa ou injustamente – que o direito penal se volte contra eles, os poderosos: ambos clamarão por menos direito penal e por mais direitos civis".[120]

Este aparente paradoxo nos coloca diante de uma encruzilhada: o clamor por mais direito penal, reúne os que alvitram proteção contra os excluídos, e aqueles que pretendem vingança contra os poderosos. O discurso por menos direito penal, por outro lado, leva à união de interesses entre os que querem evitar a violação de direitos fundamentais e os poderosos que querem prevenir a possibilidade de que finalmente o *canhão* do Direito penal se proponha a disparar contra eles.

5. O reconhecimento do *alter*: uma proposta de rompimento do ciclo vicioso

Diante da constatação inevitável da união de discursos que só superficialmente são opostos e de vermo-nos comprimidos entre duas soluções que conduzem sempre à mesma lógica de favorecimento e exclusão, nos vemos obrigados a abandonar um discurso simplista de batalhar simplesmente por mais ou menos Direito penal.

Prittwitz propõe como saída deste círculo vicioso a adoção de uma primogenia dos direitos civis sobre o Direito penal, colocando aqueles em primeiro plano,

119. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal... cit., p. 36.
120. Ibidem.

de modo a converter o Direito penal, de um instrumento de defesa 'do Estado', em um instrumento de defesa do cidadão, cujos direitos civis primordiais podem e devem ser defendidos pelo instrumental penal.[121]

Evidentemente, esta postura pressupõe algumas posições centrais, cujas linhas gerais procurarei esboçar a seguir, à guisa de proposição: a) a abolição da postura de "guerra" contra o crime, como forma de dissolução da imagem do "inimigo"; b) o reconhecimento da própria existência através da alteridade inserta em um processo de comunicação, e c) a abolição do controle penal voltado à anulação da individualidade através da privação da comunicação, como forma de combate ao processo de segregação e exclusão.

A primeira das proposições – abolição da postura de guerra contra o crime – inclui a necessidade de reconhecimento do fenômeno criminal a partir de sua dimensão social. As verdadeiras e endêmicas causas de criminalidade não são alcançáveis pela via da incriminação ou da repressão com Direito penal, mas sim pelo trabalho no âmbito social, cada vez mais abandonado.[122] É da ausência do Estado que se alimenta o *poder paralelo* e da interferência do crime nas instâncias de poder – leia-se, passividade para com o crime organizado propriamente dito – que deriva a impunidade.[123]

Isso não constitui novidade. É de curial sabença que o aparecimento da *Cosa Nostra* no sul da Itália foi derivada do abandono do governo para com as populações pobres da região. Quando os mais carentes não encontravam no Estado solução para seus problemas emergenciais, dirigiam-se aos cidadãos mais poderosos economicamente, os quais os atendiam em troca de uma submissão crescente que, pouco a pouco, foi formando um poder paralelo e baseado em secretos laços de afetividade muito superiores ao sentimento de afeição para com o Estado.

121. Ibidem, pp. 37.

122. "Hoje, apesar de sermos a 12ª economia do mundo, somos, pelo último levantamento da ONU, entre 140 países, o pior em distribuição de renda depois de Serra Leoa, na África. Esta é, indiscutivelmente, a causa maior do incrível aumento da criminalidade violenta". DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD... cit., p. 05.

123. Nesse sentido NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime... cit., p. 02.

A crise da civilização pós-moderna ou, como prefere Beck, da modernidade reflexiva, levou a uma insegurança permanente que faz com que as pessoas cada vez mais anseiem por controlar as fontes de sua insegurança, ainda que com medidas sabidamente paliativas e geradoras de um efeito tranqüilizador muito mais psicológico do que efetivo. Por outro lado, o sub-produto desta modernidade é uma massa de excluídos que, por sua condição de excluídos, é também fonte de triplo medo: o medo da diferença, para quem não faz parte daquela massa; o medo de vir a fazer parte dela[124] e o medo de quem dela faz parte, constatando que sua eliminação é indiferente para o próprio sistema.

Sendo assim, a fonte do medo está no próprio direcionamento do desenvolvimento social e não no fenômeno "crime". Deste modo, um "combate" ao crime não devolve a sensação de segurança e tampouco ajuda a identificar o verdadeiro risco.

Portanto, trata-se de uma "guerra" perdida *ab initio*, cujo resultado central é apenas a identificação de um *inimigo* no outro. Os poucos eleitos (incluídos) pensam que o *inimigo* é o excluído, e vice-versa. Não é admissível o transigir com os fundamentos do regime democrático esgotando as garantias e as liberdades fundamentais em nome de uma pretensa "segurança" que não faz mais que ocultar o mais temível dos terrores: o terror de Estado.

Há necessidade, portanto, em primeiro lugar, de abolir a idéia de *combate, ou guerra* contra a criminalidade.[125]

124. Baumann, utilizando interessante comparação dos incluídos a *turistas* e dos excluídos a *vagabundos*, observa que "o vagabundo é o pesadelo do turista, o 'demônio interior' do turista que precisa ser exorcizado diariamente. A simples visão do vagabundo faz o turista tremer – não *pelo que o vagabundo é*, mas – *pelo que o turista pode vir a ser*. Enquanto varre o vagabundo para debaixo do tapete – expulsando das ruas o mendigo e o sem-teto, confinando-o a guetos distantes e 'proibidos', exigindo seu exílio ou prisão – o turista busca desesperadamente, embora em última análise inutilmente, deportar seus próprios medos". BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*... cit., p. 106.

125. Nesse sentido concorre a opinião de Leonardo Sica, ao afirmar que "A terminologia bélica usualmente empregada (guerra contra drogas, batalha contra o crime, etc.) revela, mais do que um deslize de linguagem, a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida

A segunda proposição, qual seja, o reconhecimento da própria existência através da alteridade inserta em um processo de comunicação, deflui da aplicação das máximas da filosofia da linguagem. Conforme refere Vives Antón,[126] "no pensamento de Wittgenstein, o sentido surge da interação social intermediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no marco de uma *forma de vida*. O que temos que aceitar, o dado – poderíamos dizer – são as formas de vida".

Assim, a possibilidade de darmos um passo em direção ao rompimento das regras de exclusão, depende, inicialmente, da adoção de uma perspectiva de comunicação como forma de demonstração de sentido. Se o que é dotado de sentido (jurídico, social, ou de qualquer ordem) somente pode ser determinado através de um processo de comunicação, de interação, de compartilhamento de regras, a demonstração de minha condição de cidadania, depende deste processo, depende de interação, depende de reconhecer-me no outro. O que prejudica o reconhecimento da instância penal na dimensão pretendida por Prittwitz, já referida, como instrumento de realização dos direitos de cidadania, é o não reconhecimento discursivo do *alter* como cidadão. Os realizadores da instância penal, cada vez mais, vêm identificando o criminoso como o "*elemento*" (discurso policial) ou o "*inimigo*" (discurso dogmático e político criminal).

Enquanto não houver o rompimento com estes discursos para o reconhecimento do "Eu" na figura do "Outro", não se direcionará corretamente as instâncias de controle social jurídico, muito menos o controle social penal.

Nesse sentido concorre o preciso comentário de Bernardo Guerra:

"O mundo, nos dias de hoje, é marcado por uma rica alteridade, em que o *outro* configura-se como diferente do *eu*, devendo esse *outro*, pelo simples fato de ser uma pessoa humana, dotado da mais bela dignidade, e não de preço, na

com mais violência. É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando a guerra! SICA, Leonardo. Medidas de emergência"... cit., pp. 07-09.

126. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 190-191.

concepção kantiana do termo, ser amplamente respeitado, em todas as suas dimensões: social, racial, religiosa, física, mental, espiritual e psíquica. Já não se pode mais aceitar a ótica da exclusão, da eliminação da diversidade, visão essa que, ao predominar durante a 2ª Guerra Mundial nos regimes nazi-fascistas, ocasionou a morte de mais de seis milhões de pessoas inocentes, as quais foram destituídas de tudo aquilo que lhes era mais caro: a sua dignidade".[127]

A descaracterização de pessoa no discurso de Jakobs (o inimigo é uma não pessoa), visa justamente burlar o reconhecimento do *alter* como uma forma de vida que partilha com o sujeito regras de comunicação, representadas pelos direitos fundamentais de cidadania. Uma vez que se rompe com o reconhecimento do *alter* como tal, uma vez que deixa de haver regras passíveis de compartilhamento, não resta qualquer possibilidade de reconhecimento do *alter* como "algo que existe".

Vale dizer, sua "não existência" como cidadão precede sua não existência como ser humano, titular de garantias por esta simples condição, e abre portas, finalmente, para a possibilidade de sua aniquilação ou extermínio físico, sem que isso signifique, de alguma forma, a perda de "algo que existe no mundo".

Isso nos leva à terceira consideração, ou seja, a abolição do controle penal voltado à anulação da individualidade através da privação da comunicação, como forma de combate ao processo de segregação e exclusão.

É imprescindível repensar a estrutura punitiva do Direito penal a partir das funções atribuídas à sanção penal. É que a *falência da pena de prisão* assim denominada por Cezar Roberto Bitencourt, tem menos a haver com o fracasso de seu projeto ressocializador e mais com a sua conformação a um projeto de exclusão pelo isolamento da comunicação.

Resta cada dia mais evidenciado que a pena tem se voltado para um nefando propósito de *eliminação* do sujeito incriminado. O desgaste do seu reconhecimento

127. GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. Reflexões acerca da publicação das charges ofensivas ao profeta Muhammad sob a ótica dos Direitos Humanos. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: IBCCrim, junho 2006, p. 16.

como cidadão, como titular de garantias, como pessoa, corrói as barreiras de contenção da aplicação da pena, que passa a ter um objetivo claro de aniquilação.

Observa Baumann[128] que "a questão da *reabilitação* destaca-se hoje menos por seu contencioso do que por sua crescente irrelevância". Não se trata mais de discutir se a privação da liberdade é ou não capaz de produzir reabilitação. Esta discussão é simplesmente abandonada. Para ele, "o significado mais profundo da separação espacial era a proibição ou suspensão da comunicação e, portanto, a perpetuação forçada do isolamento".

Acontece o que Baumann[129] refere como o "impedimento de um acesso comunicativo", como forma de compressão da visão do outro, que, segundo sua análise, sempre foi a tônica do confinamento espacial. O autor descreve, citando reportagem publicada no *Los Angeles Times* de 01.05.1990, dando conta do sistema adotado pela prisão de Pelican Bay, naquele Estado americano:

"É 'inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem qualquer contato direto com os guardas ou outros internos'. A maior parte do tempo os internos ficam em 'celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável... Eles não trabalham em indústrias de prisão; não têm acesso a recreação; não se misturam com outros internos'. Até os guardas 'são trancados em guaritas de controle envidraçadas, comunicando-se com os prisioneiros através de um sistema de alto-falantes' e raramente ou nunca vistos por eles. A única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas

128. BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*... cit., p. 119.

129. "O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço. A separação especial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual de relações sociais." Idem, p. 114.

– quer dizer, incomunicáveis, sem ver nem ser vistos. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões".[130]

Com isso, se alcança o objetivo central de impedir a existência, através da cessação dos processos comunicativos. A redução do espaço se traduz na compressão do ser.

Na verdade, prisões como Pelican Bay são programadas segundo o propósito único de eliminação. No dizer de Baumann, "o que os internos de Pelican Bay *fazem* em suas celas solitárias *não importa*. Importa é que *fiquem ali*. A prisão de Pelican Bay não foi projetada como fábrica de disciplina ou do trabalho disciplinado. Foi planejada como *fábrica de exclusão* e de pessoas habituadas à sua condição de *excluídas*".[131] Eis a motivação central do encarceramento.[132]

Portanto, urge romper com a retórica permanentemente deslocada a respeito dos fundamentos da pena, e concebê-la com a função garantista que se assinala ao próprio direito penal, qual seja, a de controle social do intolerável expresso pelo ataque grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento do ser humano na sociedade.

Não sendo esta a motivação essencial da pena, ela certamente não se encontrará legitimada, e nem poderá ser aplicada, afinal, onde o objetivo da pena não coincide com a missão do Direito penal, nenhuma pena pode ser aplicada em decorrência de um fato penalmente tipificado e nenhum crime pode gerar como conseqüência, a aplicação da pena.

130. Idem, p. 116.

131. Idem, p. 121.

132. "Hoje a nossa preocupação é com a grande massa de negros, pardos, pobres, feios e, principalmente, favelados cujo olhar nos incomodam, estragam a paisagem, andam de pés descalços no asfalto quente, usam roupas sujas e são todos integrantes de uma terrível seita que possui um pacto de sangue com o mais terrível dos demônios dos círculos do inferno: as drogas ilícitas, e por isso merecem ser controlados, vigiados, trancafiados, mortos e exorcizados, pois não fazem parte de nós, homens brancos e civilizados, são, na verdade, nossos inimigos e não merecem perdão". SILVA, Luciano Filizola da. A falácia do sistema penal: a gênese de uma criminalização desviada. *Boletim do IBCCrim*, n. 165. São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, agosto 2006, p. 02.

6. Considerações finais

Procurou-se delinear aqui, inicialmente, um panorama sobre as origens criminológicas da idéia de um *Direito penal do inimigo*. Verificou-se então que a pós-modernidade capitalista conduziu a um processo de globalização cuja lógica induz à produção do fenômeno do risco. Este risco, diferente do perigo por conter, em sua origem, uma decisão humana, faz com que se pense, erroneamente, que outras decisões, especialmente de cunho legislativo-penal, seriam as respostas adequadas para isso.

Esta situação, açodada por interesses jamais completamente esclarecidos, é o que leva à política de tolerância zero, que se expande ao redor do mundo.

Por outro lado, as políticas criminais de intolerância encontraram em determinados modelos dogmáticos uma válvula de escape e ao mesmo tempo uma justificação com verniz de cientificidade. Estes modelos são aqueles apresentados como o Direito penal de duas ou três velocidades e o chamado Direito penal do inimigo.

Apresentou-se, em seguida, um panorama descritivo, sob forma resumida, sobre a situação político criminal e criminológica do Brasil, fixando interesse na demonstração de que se desenha, pouco a pouco, no cenário nacional, a figura de um *inimigo*, que não é outro do que o brasileiro excluído.

Passou-se então a uma análise crítica destas propostas, tendo como pano de fundo a idéia de que a política criminal do terror, implantada no Brasil, visa atingir a criminalidade de massa, gerando resultados obviamente pífios, dado que não se pode alterar os índices de criminalidade a golpes de Direito penal.

Finalmente, ancorado na idéia de alteridade e de inclusão do outro, foram propostas medidas, verdadeiras diretrizes de estudo para o Direito penal que, segundo me parece, quando conjugadas com as medidas sociais adequadas, são capazes de contribuir, quando não, ao menos evitar os prejuízos derivados da aplicação das conseqüências jurídicas do delito.

7. Referências bibliográficas

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal de ciudadano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez. de 2004.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 3. ed. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARRETO, Tobias. *Introdução a estudo do direito*. Política brasileira. São Paulo: Landy, 2001.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao direito penal*. Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.

COUTINHO, Jacinto e CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? *Revista de Estudos Criminais*, ano 3, n. 11. Porto Alegre: Notadez, 2003.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: IBCCrim, junho 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal.* Coimbra: Almedina, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal.* Introducción. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. Reflexões acerca da publicação das charges ofensivas ao profeta Muhammad sob a ótica dos Direitos Humanos. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: IBCCrim, junho 2006.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminologia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 8. Porto Alegre: Notadez, 2003.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo *Revista Penal.* Barcelona: Praxis, 1999.

HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções.* 18. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

IBCCRIM. A escalada da violência. *Editorial do Boletim do IBCCrim*, n. 166. São Paulo: IBCCrim, setembro 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general. 2. ed. Trad. Juaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio.* Coord. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____. *Derecho penal del enemigo.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

_____. Resensión. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del derecho penal*, Buenos Aires: BdeF, 2006.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KAHN, Túlio. Por um novo sistema federal de segurança pública. *Boletim do IBCCrim*, n. 165. São Paulo: IBCCrim, agosto 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, n. 1. Porto Alegre: Notadez, 2001.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A guerra dos nossos dias ou a guerra de todo dia. *Boletim do IBCCrim*, n. 126. São Paulo: IBCCrim, maio 2003.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. t. II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o direito penal do seu tiempo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *De la tolerancia cero, al derecho penal del enemigo*. Nicarágua: ICEP/UPOLI, 2005.

_____. Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo'. *In studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. *Boletim do IBCCrim*, n. 128. São Paulo: IBCCrim, julho 2003.

_____. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. *Boletim do IBCCrim*, n. 128. São Paulo: IBCCrim, julho 2003.

NUNES, Adeildo. O preço do castigo. *Boletim do IBCCrim*, n. 166. São Paulo: IBCCrim, setembro 2006.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Legislação penal do pânico como resposta à crise da segurança pública. *Boletim do IBCCrim*, n. 163. São Paulo: IBCCrim, junho 2006.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Trad. portuguesa de Luís Cabral de Moncada, Arménio Amado, Coimbra, 1979.

REALE JR., Miguel. Insegurança e tolerância zero. *Revista de Estudos Criminais*, n. 9. Porto Alegre: Notadez, 2003.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. O ponto de não retorno. *Caros amigos*, ano X, n. 113, agosto 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. 2. ed. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006.

SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violência e crime organizado. *Boletim do IBCCrim*, n. 126. São Paulo: IBCCrim, maio 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

SILVA, Luciano Filizola da. A falácia do sistema penal: A gênese de uma criminalização desviada. *Boletim do IBCCrim*, n. 165. São Paulo: IBCCrim, agosto 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46. Trad. Celso Eduardo Faria Coracini. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev. 2004.

_____. *As prisões da miséria*. Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Coleção Pensamento Criminológico, n. 7. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

4. O Direito em Ação

Direito intertemporal penal. Possibilidade de "combinação" de leis: o equívoco da *Lex Tertia*

Arnaldo Malheiros Filho
Advogado. Professor de Direito Penal Econômico
da Escola de Direito de São Paulo da FGV.

Sumário: 1. A lei penal no tempo – 2. Fundamentos político e ético da garantia – 3. Os regimes prescricionais nas leis de falências – 4. Determinação da *lex mitior*. Possibilidade de combinação – 5. O equívoco da *lex tertia* – 6. Conclusão.

Resumo: Direito intertemporal penal. Acusação de crimes concorrentes com falência decretada na vigência da lei antiga. Regime da prescrição. Apuração da *lex mitior*. Possibilidade de combinação de diplomas legais para sua obtenção. Extinção da punibilidade consumada.

O eminente advogado Alexandre Sinigallia Camilo Pinto honra-me com a seguinte consulta:

Por fatos relacionados a falência decretada em 28.03.2001 seu cliente veio a ser denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 186, VI, 187 e 188, III e VIII do Dec.-lei 7.661/45, vigente ao tempo da quebra. A inicial foi recebida em 15.03.2005, na *vacatio legis* da Lei 11.101/2005 e, até

o presente momento, a ação penal acha-se em andamento, sem que sentença tenha sido prolatada.

Consideradas essas datas, bem como os regimes prescricionais distintos previstos na lei anterior e na hoje vigente, indaga o consulente se a punibilidade do agente está ou não extinta pela prescrição da pretensão punitiva.

1. A lei penal no tempo

A Constituição da República dedica dois incisos de seu art. 5.º ao estabelecimento de garantias individuais relacionadas à aplicabilidade da lei penal no tempo, a saber: "XXXIX – não há crime sem lei *anterior* que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL – a lei penal não retroagirá, *salvo para beneficiar o réu*".

Tais dispositivos são refletidos nos arts. 1.º e 2.º do Código Penal, com o esclarecimento – expletivo embora, como adiante veremos – de que à retroatividade benéfica não se pode opor nem mesmo "a santidade da coisa julgada".[1]

Disso decorre que a norma penal incriminadora ou agravadora da situação do acusado só tem aplicação possível aos fatos ocorridos posteriormente a sua vigência, enquanto a norma de exclusão ou mitigação tem efeito retroativo. Por outro lado, a lei anterior tem sua vigência cessada com a edição da nova, mas continua a se aplicar em relação ao que ocorreu em sua vigência, se a lei nova é mais onerosa.

A intertemporalidade em matéria penal, portanto, não envolve um conflito entre lei nova e lei velha, mas entre lei mais benigna (*lex mitior*) e lei mais gravosa (*lex gravior*), conflito que se resolve pela sua própria identificação, uma vez que

1. A expressão foi usada por Carlos Maximiliano (*Direito intertemporal ou a teoria da irretroatividade das leis*. Rio de Janeiro, 1946, p. 319) e, mais recentemente, aparece em Rodrigues Morullo (*Comentarios al Codigo Penal*. Madri: Civitas, 1997, p. 32) Nelson Hungria redargüiu que "nos *altares* do direito penal a coisa julgada é *santa* de prestígio muito relativo" (*Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1, t. I, p. 108).

– ao contrário do que ocorre em matéria civil, em que no confronto entre lei nova e lei velha, vige ora uma, ora outra – prevalece *sempre* a *lex mitior*.

Por isso se diz que a *loi plus douce* de que falam os franceses, tem as propriedades de *retroatividade* e de *ultratividade*, ou seja a lei posterior mais branda se aplica aos fatos pretéritos a sua promulgação e continua a viger se sucedida por outra mais pesada.[2]

Essas propriedades não afetam somente as leis que abolem delitos ou reduzem penas, mas todas as normas da parte geral,[3] aí incluídas as que tratem de extinção da punibilidade, como são as relativas a prescrição.[4] Por outro lado, não há dúvida de que a lei que sobre esse tema disponha é *lei penal*, é *direito penal material*.[5] Assim, o que se tem é a prevalência da "lei cuja aplicação *produzir resultado final mais favorável* para o agente".[6]

Por sua própria natureza, tanto a retroatividade como a ultratividade da *lex mitior* têm caráter transitório,[7] pois o tempo se encarrega de fazê-las esmaecer até que inexistam situações de fato que comportem sua incidência. A aplicação do Direito a tais situações de fato há de ter em conta, por exceção, menos a teleologia e o espírito de sistema, refeito pela sucessão legislativa, e mais a observância da garantia constitucional de prevalência da lei mais benéfica durante essa transição.

2. Cf., por todos, René Ariel Dotti. *Curso de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 262, itens 84 e 85.

3. Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal* – a nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 102.

4. Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 116.

5. Esse caráter de direito material, afirmado pelos penalistas é também reconhecido pelos processualistas: "São normas *penais* todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo (...) [as que] excluem ou modificam a punibilidade, são normas *genuinamente penais*." – Tourinho Filho, *Processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 115 – grifamos. O fato de fazer aqui esse registro, de que estou a examinar tema de direito material, não significa qualquer compromisso de minha parte com a superada doutrina de que as leis de processo penal aplicam-se de imediato, independente de estar o processo em curso ou do tempo do crime.

6. Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35 – grifamos.

7. Toledo, ob. cit., p. 37. Nas palavras de Hungria, "no direito penal transitório a lei *mais favorável* é *extra-ativa*" (*Comentários*... cit., p. 103).

2. Fundamentos político e ético da garantia

É importante destacar que a garantia acima referida não é fruto de instituição arbitrária pela Constituição, mas se assenta sobre sólidos fundamentos político e ético, a tal ponto que se pode dizer que, em nosso grau de civilização, não poderia o ordenamento ser diferente quanto a esse aspecto. Como anota Miguel Reale Júnior, "a liberdade política de um cidadão decorre da segurança que cada um tem de não temer o Estado e os demais cidadãos (...). Mas, para a consecução da segurança do cidadão perante o Estado e da garantia de igualdade de tratamento, com a eliminação do temor, o essencial está na legislação penal".[8]

Com efeito, a irretroatividade das normas incriminadoras[9] é corolário imanente do *princípio da legalidade*,[10] de adoção obrigatória por qualquer Estado de Direito: Ou vige o princípio da legalidade ou não há Estado de Direito,[11] pois ele é, como reconhece Canotilho o "cerne essencial" do Estado de Direito.[12] Não há de ter sido por outra razão que Zaffaroni-Batista intitularam o tópico em que versam o tema "*A irretroatividade da lei penal como princípio derivado da legalidade e do estado de direito*".[13]

8. *Intitiuições de direito penal* – parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 36.

9. Normas incriminadoras *latu senso*, pois nelas se incluem as meramente agravadoras da situação do agente.

10. CF/88, art. 5.º, II.

11. Como assinala Eros Grau, a legalidade é "*bem humano incondicional*", ainda que reconheça que "nosso drama está em que a *legalidade* e o *procedimento legal* resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos, funcionando como nossas derradeiras defesas, contudo, contra a perversidade e a violência". Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113.

12. "O *princípio da legalidade da administração*, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação de poderes, foi erigido, muitas vezes, em 'cerne essencial' do Estado de direito. Postulava, por sua vez, dois princípios fundamentais, o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorang des Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbedhalt des Gesetzes*). Esses princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo os direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)." – José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 251.

13. Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. *Direito penal brasileiro*. 1. v. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 212.

Ora, se ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei – obviamente de lei que vige no momento em que está a fazer ou deixar de fazer – como punir alguém porque fez ou deixou de fazer algo que a lei de então não punia? Por isso é que se diz que a irretroatividade da norma incriminadora é "garantia fundamental contra o arbítrio do legislador e do juiz".[14]

Contra o arbítrio que caracterizou o *ancien régime* a declaração de direitos do homem e do cidadão da Revolução Francesa consagrou-a em seu art. 8.º.

Durante o nazismo, em 22. 6.1938 foi editada lei que criava nova figura típica punida com morte, estabelecendo sua entrada em vigor no dia 1.1.1936![15] No fascismo brasileiro do Estado Novo promulgou-se o Dec.-lei 4.766, de 1.10.1942 para criar "crimes militares e contra a segurança do Estado em tempo de guerra", dispondo que "esta lei retroagirá, em relação aos crimes contra a segurança externa à data da rutura das relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão"![16]

Terminada a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas consagrou a irretroatividade no art. XI, inciso 2. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que integra nosso ordenamento jurídico interno, foi além, deixando claro que a irretroatividade da norma incriminadora compreende necessariamente a retroatividade da *lex mitior*: "Art. 9.º – *Princípio da legalidade e da retroatividade* – Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado".

14. Carlo Fiore. *Diritto Penale* – parte generale. Turim: UTET, 1993, v. 1, p. 81.

15. Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Corso di diritto penale*. v. 1, 2. ed. Milão: Giuffrè, 1999, p. 10.

16. O fato é registrado por Hungria, que o rotula de "singularidade odiosa" (*Comentários*... cit., p. 107, nota 5). Trata-se de mais uma evidência do caráter edipiano de nosso Estado Novo, em guerra contra países que tanto admirava e imitava...

Não tem fundamento moral a punição de alguém por fato não previsto, ou previsto em termos tais que não os vigentes ao tempo do fato. Se houve *abolitio criminis*, desapareceu a reprovabilidade social da conduta, o que não justifica nem mesmo o cumprimento de sentença transitada em julgado. Caso, de outra feita, a reprovabilidade social não esteja a exigir a mesma reprimenda de antes, também isso há de beneficiar o agente. E, finalmente, se mudaram as condições de incidência da norma incriminadora de modo que possa favorecer o imputado, a solução há de ser idêntica. Se é o Estado quem edita a lei nova, falece-lhe *interesse* para pleitear a aplicação da anterior, seja invocando um pretenso "direito adquirido" seu, seja alegando a existência de coisa julgada, como assinalou Hungria.[17]

Ao contrário do Código Penal francês que restringe a retroatividade *in bonam partem* até o limite do trânsito em julgado,[18] nosso diploma, em seu art. 2.º, assim no *caput* como no parágrafo único, é expresso em afirmar a prevalência da lei nova mesmo no curso da execução de sentença transitada em julgado.

Poder-se-ia questionar a constitucionalidade do dispositivo à luz do inciso XXXIV do art. 5.º da CF/88, garantidor da integridade da coisa julgada face a lei posterior. Mas o argumento não vinga, eis que as garantias constitucionais são do indivíduo contra o Estado, não podendo ser invocadas pelo Estado contra o indivíduo, até em homenagem à antiga máxima romana lembrada por Paula Baptista: "O que a lei dispõe em benefício de certas pessoas não pode servir-lhes de prejuízo".[19]

Em importante decisão o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a "interpretação sistemática [da Constituição] leva

17. *Comentários*... cit., p. 105. Para Basileu Garcia, "não seria lógico" que o Estado agisse contra sua própria legislação (*Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, v. 1, t. I, pp. 147-149).

18. Art. 112-1.

19. Francisco de Paula Baptista. *Compêndio de hermenêutica jurídica*. Ed. de Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 37, nota de rodapé ao § 35, com transcrição da fonte romana: "*Quod favorem quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri*". Essa passagem do Codex (Livro I, Título XIV, 6) foi assim traduzida para o castelhano: "No queremos que lo que se estabeleció en favor de algunos se considere introducido en ciertos casos para lesión de los mismos". Cf. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Trad. e notas de Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1892 (reimp.), t. IV, p. 147.

à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo".[20]

Assim, de nenhuma inconstitucionalidade padece o art. 2.º do Código Penal, que aliás atravessou incólume a vigência de diversas Constituições também proclamadoras da intangibilidade da coisa julgada pela lei que lhe fosse posterior.

Porém, mesmo que não existisse esse dispositivo, a boa hermenêutica haveria de levar à produção de normas de decisão nesse sentido, em razão dos fundamentos pré-jurídicos da prevalência da lei mais benéfica.

3. Os regimes prescricionais nas leis de falências

A dar-se muita importância à *mens legislatoris*, seria o caso de principiar afirmando sobre o Dec.-lei 7.661/45 aquilo que Nilo batista diz sobre a Lei 11.101/2005: "Parece que o legislador quis inviabilizar a prescrição da pretensão punitiva e semeou minas interruptivas ao longo do procedimento falimentar".[21] Verdade é que, em relação ao diploma revogado não foram propriamente "minas interruptivas", mas sim o artifício de um *dies a quo* que nunca chegava... O lapso era mais curto que o do então recente Código Penal, mas demorava anos para que se iniciasse sua contagem.

De fato, o *caput* do art. 199 dispunha que a prescrição ocorreria em dois anos, mas seu parágrafo único estabelecia que "o prazo prescricional começa a correr da data em que transitar em julgado a sentença que encerrar a falência ou que julgar cumprida a concordata".

A complexidade inerente ao processo falimentar despejada sobre a notória lentidão forense realmente inviabilizava a extinção da punibilidade, pois não raro

20. STF, Pleno, HC 80.263/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 27.06.2003.
21. *Lições de direito penal falimentar.* Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 108.

falências chegavam a levar dez ou mais anos para alcançar seu término. Daí se iniciava a contagem do prazo prescricional por ato praticado quiçá doze anos antes!

A reação jurisdicional a esse despropósito surgiu em históricos votos do Des. Theodomiro Dias no Tribunal de Justiça de São Paulo, ponderando "ser o falido o menos culpado pelo atraso do processo da falência, ficando sempre na dependência de provocação do síndico, do liquidatário, do curador das massas falidas ou do próprio juiz. Não se pode atribuir ao falido a culpa, a responsabilidade e conseqüências penais da falta de aplicação da lei da parte de quem incumbe promover o prosseguimento do processo".[22]

A conjugação do disposto no art. 199 e seu parágrafo único com o § 1.º do art. 132 do mesmo Decreto-lei[23] levou a Suprema Corte a editar o verbete 147 de sua Súmula, assim redigido: "A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata".

Prudente, o Supremo Tribunal Federal cogitou até mesmo da improvável hipótese de uma falência encerrada em *menos* de dois anos, a fim de que a orientação firmada não viesse a prejudicar o agente. Mas o fato é que a jurisprudência *leu* o texto da antiga Lei de Falências no sentido de que a prescrição ocorre em dois anos, contados eles de dois anos após a sentença declaratória da quebra, ou de seu encerramento, se ocorrente antes disso.

Na prática forense era corriqueiro ouvir que a prescrição ocorre "em quatro anos a contar da decretação da falência", o que não é inexato. Mas, em termos técnicos, não se pode dizer nem que o lapso prescricional seja de quatro anos nem que o termo inicial seja a decretação da quebra. Na realidade, a prescrição se opera no prazo de *dois anos* (conforme o *caput* do art. 199), tendo como *dies a quo*

22. Trecho do voto do Min. Pedro Chaves num dos *leading cases* da Súmula 147 do STF, o HC 39.916/SP, j. 03.07.1963, referindo-se aos argumentos do grande Desembargador paulista.

23. "Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração".

aquele em que se completam dois anos da decretação da falência, sujeita às causas interruptivas do Código Penal (verbete 592 da Súmula do STF).

Na Lei nova (11.101/2005) observa-se, como dito acima, o mesmo intuito de inviabilizar a extinção da punibilidade, desta vez pela adoção de prazos maiores e das "minas interruptivas" de que fala Nilo Batista.

Não é objeto deste parecer o cotejo entre as figuras imputadas na espécie e as previstas na nova lei, afim de perquirir sobre eventual *abolitio criminis* ou determinar, quanto à pena, a *lex mitior*. Para responder à indagação proposta, considerando que as penas máximas abstratamente cominadas em ambos os diplomas são ora de três ora de quatro anos, tomamos por base que a prescrição da pretensão punitiva calculada pela pena em abstrato nos termos do art. 109 do Código Penal seja, para o caso em estudo, de oito anos.

Segundo o disposto no *caput* do art. 182 da nova lei, o termo inicial da prescrição é, no que interessa ao caso, "o dia da decretação da falência".

Em síntese, o lapso estabelecido pela lei nova é maior (oito anos *versus* dois anos na lei anterior), fazendo daquela, no particular, *lex gravior*. Porém o *dies a quo* é fixado em data mais remota, ou seja, a da decretação da quebra, enquanto que na lei anterior a contagem se inicia dois anos após a prolação dessa sentença.

4. Determinação da *lex mitior*. Possibilidade de combinação

Reconhecida esta situação – lei posterior com prazo mais gravoso e *dies a quo* mais benigno – chega-se ao centro da discussão, ou seja, saber se é possível, como dizem Desportes-Gunehec, "espostejar", "retalhar"[24] os textos legais para compor a norma com uma posta de cada um deles. Em outras palavras, resta saber se é admissível aquilo que a doutrina chama de *combinação de leis penais*, a fim de

24. A palavra, empregada entre aspas, é "tronçonner" – Frédéric Desportes e Francis Le Gunehec. *Droit pénal général*. Paris: Economica, 2001, p. 291.

que, tomando-se a parte mais benigna da lei nova e conectando-a à parte melhor da lei antiga, formar-se a regra de direito transitório a ser aplicada ao caso.

A resposta negativa, ou seja, a de que é necessário escolher entre a lei antiga e a nova qual é a mais branda e aplicá-la no todo, sem *combinação* de qualquer natureza é dada por uma plêiade de juristas, dentre os quais é possível mencionar Hungria, Fragoso, Aníbal Bruno, Bento de Faria, Guilherme Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luiz Vicente Cernicchiaro, Manzini, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra e Muñoz Conde.

Isso não quer dizer que a questão esteja resolvida nem que – como se vê pelo rol de autores citados – se trate de uma discussão de antigo *versus* moderno. É que na ponta oposta pode-se mencionar, falando de doutrina brasileira, na geração de Hungria, Bruno e Bento de Faria, autores como Basileu Garcia e Magalhães Noronha; na de Fragoso, de outro lado está Frederico Marques; na de Paulo José e Nucci, há a dissidência de René Dotti e Nilo Batista.

A opinião negativa, que manda aplicar as leis em bloco, sem retalhá-las para formar a decisão com uma posta de cada qual, está baseada naquilo que ouso considerar um grande equívoco, como explanarei adiante, que é o argumento da *lex tertia*. Funda-se ele em que, ao tomar parte da lei antiga e combiná-la com parte da lei nova o juiz estaria criando uma terceira lei, que não existe, e assim se arvorando em legislador.

Frederico Marques, revelando impressionante atualidade, afirma que estamos diante de "argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência ao princípio de eqüidade consagrado pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O Judiciário não está tirando *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a

combinação de ambas, para assim, aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o 'todo', para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obstar selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional".[25]

Entre os contemporâneos, destaca-se pelo vigor e consistência a defesa que René Dotti faz da possibilidade de combinação: "Nos dias correntes e diante da clareza da CF e do CP, que tornam obrigatória a aplicação retroativa da lei mais benéfica – e, por via de conseqüência, inaplicável a *lex gravior* aos fatos praticados antes de sua vigência – não mais se questiona a possibilidade do juiz fazer a integração entre lei velha e lei nova. Não há mais *clima* propício para se resistir ao imperativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga *superstição* e a preconceituosa exegese opõe-se o princípio da garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF/88, art. 5.º, XL), que não se detém mesmo diante da *res judicata* (CP, art. 2.º, § 2.º). E para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está com isso, 'criando' uma nova lei".[26]

Realmente, nada há de lógico no impedimento à combinação de leis para a formação do direito transitório. Para ficar num exemplo simples, imaginemos que o delito que a lei antiga punia com pena de um a cinco anos, após ajuste puramente cosmético,[27] passa a apenar com dois a quatro anos. Não há dúvida plausível de que no período de transição a pena mínima para esse delito há de ser de um ano (a da lei antiga) e a máxima, de quatro anos (como disposto na lei nova). Não se vê aí como

25. José Frederico Marques. *Tratado de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1964, v. 1, p. 210.

26. René Ariel Dotti. *Curso...* cit., p. 275-276.

27. É o caso, exposto por Nilo Batista, da sucessão do art. 190 da antiga Lei de Falências pelo art. 177 da atual. Cf. *Lições...* cit., p. 49.

sustentar que o juiz estivesse criando *lex tertia*, pois está aplicando disposições legais extraídas de diferentes diplomas com vigência comum no período de transição.

Não ignoro a existência de decisões em sentido contrário, até mesmo da Suprema Corte,[28] que no entanto evoluiu[29] e, ao que tudo indica, haverá de perseverar nessa orientação. Impressiona a quem estuda o tema decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a mesmíssima tese (lapso prescricional de uma lei com termo inicial de outra), da lavra de juiz que marcou época na Corte por sua equanimidade e cultura jurídica, mas que repeliu a pretensão, conquanto achasse o argumento aceitável, porque "essa combinação, porém, não é, na hipótese, imposição da eqüidade e não merece adotada".[30]

Por outro lado, diversos pronunciamentos jurisdicionais paulistas[31] acolheram a combinação, sempre com base na eqüidade,[32] sob a clara influência de Basileu Garcia.[33] Mas, com o devido respeito, não é de eqüidade que se trata (eqüidade que o juiz pode entender inaplicável a um caso ou outro), mas sim da fiel observância dos mandamentos constitucionais e do regime de intertemporalidade consagrado no Código Penal, cuja *clareza* é sublinhada por René Dotti.[34]

Nesse sentido são as opiniões de Delmanto, sublinhando, nos fundamentos constitucionais, "a primazia dos direitos humanos, especialmente da liberdade e

28. *RTJ* 142/546.

29. STF, HC 69.033/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.1991, afirmando que "Separáveis as partes das normas em conflito, possível é a aplicação do que nelas transpareça como mais benigno".

30. TJSP, Ag 235.736-3/9, rel. Des. Dante Busana, j. 02.11.1997.

31. Mas não só paulistas. O Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, ao tempo em que lá pontificava o insuperável Min. Seabra Fagundes – época em que surgiu o *leading case* do controle jurisdicional dos atos administrativos – teve oportunidade de afirmar a possibilidade de combinação dos dispositivos mais benéficos da Consolidação das Leis Penais com os que fossem mais favoráveis do Código Penal de 1940, em acórdão de 29.10.1942, por ele relatado. A informação é de Dotti, *Curso...* cit., p. 273.

32. *RT* 509/393, 533/366, *JUTACrim* 58/313, 85/332, 88/273. Em sede federal, invocando alguns dos precedentes aqui mencionados, TRF/3, ACr 12.113: "3. É possível a combinação de regras mais benignas da lei nova e da lei velha em benefício do réu".

33. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, v. 1, t. I, p. 147-149.

34. Insisto na citação referida na nota 568 supra.

dignidade";[35] Prado-Bittecourt, afirmando as raízes constitucionais do que chamam de "simbiose";[36] Luiz Flávio Gomes, consignando que o Supremo Tribunal Federal "admite combinação de várias leis penais até para prejudicar o réu (cf. o art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 – e sua relação com o art. 14 da Lei de Tóxicos – Lei 6.368/76: segundo o STF está vigente a descrição típica do art. 14 mas a pena é do art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos, por ser mais favorável), não há como não admitir a mesma combinação para beneficiar o réu";[37] Toledo, proclamando, "como regra geral, a alquimia de preceitos de leis sucessivas"[38] e até Damásio de Jesus.[39] Tratando especificamente da combinação de regras das sucessivas leis de falências, Nilo Batista a admite expressamente, dizendo-a "hoje admitida pela doutrina e jurisprudência".[40]

A jurisprudência francesa – ao contrário da espanhola, que a repudia[41] – admite a combinação, embora dê muita ênfase à questão da *divisibilidade* ou *indivisibilidade* dos preceitos.[42] A mesma advertência é feita por Zaffaroni-Batista, para quem "a única objeção lógica" a se aceitar esse método de aplicação "residiria na fissura de dispositivos legais incindíveis, organicamente unitários".[43] De fato, se empecilho houver, será de ordem lógica, não jurídica.

No exemplo dado acima (lei nova que sanciona com dois a quatro anos o que a anterior punia com um a cinco), estamos a falar de *pena*, mas é perfeitamente

35. Roberto Delmanto *et alii*. *Código Penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 6.

36. Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt. *Código Penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: RT, 1997, p. 153.

37. Luiz Flávio Gomes. *Direito penal*. São Paulo: RT, 2004, p. 183.

38. Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 37.

39. Damásio Evangelista de Jesus. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 92-93.

40. *Lições*... cit., p. 49.

41. M. Cobo del Rosal e T. S. Vives Antón em seu *Drecho Penal* – parte general. 5. ed. Valença: Tirant lo Blanch, 1999, p. 196, citam precedente judicial, que endossam, inadmitindo a combinação.

42. Cf. Philippe Conte e Patrick Maistre du Chambon. *Droit pénal général*. Paris: Armand Colin, 1998, p. 80. Desportes-Gunehec, *Droit pénal*... cit., p. 292.

43. *Direito penal*... cit., p. 215.

possível a divisão desse tema em *pena mínima* e *pena máxima*, a fim de que os parâmetros do período transitório sejam a pena mínima da lei antiga e a máxima da lei nova. No aresto da Suprema Corte citado acima[44] debatia-se o tema *crime continuado*, tendo a decisão, atenta embora à questão da "separabilidade", mesclado determinações da lei nova e da antiga. O mesmo sucede no caso em estudo: Discute-se aqui *prescrição*, mas esse assunto é perfeitamente divisível em *lapso prescricional* e *termo inicial da prescrição*, não havendo óbice de ordem lógica a que se proceda à combinação dos dois diplomas.

5. O equívoco da *lex tertia*

O mais freqüente argumento contra a combinação – que obriga a tratá-lo separadamente – é aquele segundo o qual, ao escolher parte da lei nova e parte da lei velha, estaria o juiz criando uma terceira lei, a *lex tertia*, e com isso assumindo o papel de legislador, que não lhe cabe.[45] A expressão *lex tertia*, ao meu ver incabível na espécie, é tão cristalizada na doutrina que é utilizada até mesmo por aqueles que admitem a combinação.[46]

A argüição referida decorre, creio eu, de uma confusão referente ao real significado do termo *lei* nas expressões "*lei* nova *vs. lei* antiga" e "*lei* mais benigna *vs. lei* mais gravosa", confusão que resulta da plurivocidade da palavra *lei*.

Quem fala sobre o cotejo entre lei posterior e lei anterior está se referindo a *leis em sentido formal*, ou seja, diplomas legais regularmente editados pelas agências políticas competentes que se sucedem no tempo. Já quando se discute a aplicação

44. Identificado na nota de rodapé n. 571 supra.

45. Por todos, veja-se Hungria ao dizer que "estaria o juiz, arvorando-se em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo." (*Comentários*... cit., p. 110).

46. V., *e.g.*, Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997, p. 109, ao afirmar: "Lo cierto es que no hay razones de fondo para oponerse a ello. En derecho penal hay casos de combinaciones de leyes admitidas. (...) Em el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible".

– repito para enfatizar, *aplicação* – da lei mais suave ou da lei mais severa, a alusão que se faz é à *norma jurídica* que haverá de reger o caso concreto.

A lei em sentido formal é o veículo do *texto*, não da *norma*. A *norma* é produzida pelo intérprete no momento de sua aplicação, eis porque destaquei a palavra "aplicação". Como ensina Canotilho, não há "identificação entre *texto* e *norma*. O texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela' ou 'designa'".[47]

Eros Grau afirma que o Direito é uma *performig art* (na verdade a expressão por ele utilizada é mais sofisticada: *arte alográfica*[48]), ou seja, que só se completa com o desempenho de um intérprete, tal como a música ou o teatro. Em sua visão, o texto, trazido pela lei em sentido formal, é a partitura, que só ganha vida quando um intérprete a "executa", ou seja, quando a aplica a um caso concreto. O texto, assim, seria tão silencioso quanto a partitura, enquanto que o som (e música é som!) só é produzido pelo intérprete. Intérpretes do Direito são todos os que cogitam sobre o texto (juízes, advogados, professores, doutrinadores etc.). Grau, todavia, refere-se ao "intérprete autêntico" no sentido que à expressão atribui Kelsen, aquele "dotado de poder suficiente para criar as normas", ou seja, o juiz.[49]

Contracenando nessa virtuosa *performance* com Celso Antônio, para quem "o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação",[50] conclui o autor que "as normas resultam da interpretação", com o que "o significado da norma é produzido pelo

47. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993, p. 219.

48. Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

49. *Ensaio...* cit., p. 85. Concordando em que "a *norma jurídica* somente surge após o ato interpretativo, sendo *produto* do processo de interpretação", Sérgio Nojiri. *A interpretação judicial do direito.* São Paulo: RT, 2005, p. 137.

50. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 651.

intérprete",[51] que *produz* a norma, ainda que não *ex nihilo*, ainda que enquadrado pelos lindes do texto, ainda que sem discricionariedade.[52]

Quanto a essa não discricionariedade, ao seja, a constatação de que a *produção* da norma não é arbítrio do juiz, cabe lembrar o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, para quem "é a interpretação que faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto, mas sempre impulsionada pelas fórmulas literais do Direito documentalmente objetivado".[53]

Mas, ainda que cercado pela moldura do texto, o intérprete vai descobrir-lhe o sentido, pois "desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); nesse sentido o intérprete *produz a norma*", diz Grau.[54] Com apoio Gadamer afirma o autor que "a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*".[55]

Ora, no caso em estudo o que temos são duas *leis* (em sentido formal) que veiculam *textos* diferentes sobre dois diversos tópicos, quais sejam, lapso prescricional e termo inicial da prescrição. Da leitura desses textos caberá ao intérprete *produzir* uma e uma só norma, desde que seja a mais benigna, chamada por isso de *lex mitior* ou *lei* mais favorável. Mas aqui o significado de *lei* equivale a *norma*, enquanto que o anteriormente utilizado se refere ao veículo do texto legal.

Se, *claritatis causa*, reservarmos aqui o emprego da palavra *lei* para dizer *lei em sentido formal*, diremos que deverá o juiz cotejar a lei nova com a lei antiga para delas extrair a *norma* a aplicar ao caso concreto.

Ora, estando empenhado na produção de uma *norma*, não poderá o juiz estar criando uma *lei*, de sorte que não há falar em *lex tertia*. Eis aí, na minha opinião, o equívoco que marca o pensamento de tão qualificados mestres: Ao produzir

51. *Ensaio*... cit., p. 81.

52. Ob. cit., p. 82.

53. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 120, citado por Sérgio Nojiri, ob. cit., p. 139.

54. *Ensaio*... cit., p. 79.

55. Ob. cit., p. 86.

norma a partir de textos veiculados em um e outro diploma legislativo o juiz não está criando uma *terceira lei*. Na verdade está apenas aplicando as leis existentes da maneira determinada pela Constituição e pela Parte Geral do Código Penal.

Diferentemente do juiz "alternativo" que – demonstrando desprezo pela representação popular e pela legalidade – pretende criar norma extravagante ao texto, o juiz que aplica de forma combinada textos de duas leis na forma prescrita pelo ordenamento está criando norma plenamente consentânea com o Direito.

6. Conclusão

Com base no que expus acima, concluo por responder à consulta no sentido de que no dia 27.03.2003, ante a inexistência de qualquer causa interruptiva (a denúncia só veio a ser recebida em 2005) consumou-se a extinção da punibilidade do acusado no processo em referência, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, calculada segundo o lapso temporal instituído pelo art. 199 do Dec.-lei 7.661/45, contado a partir da sentença declaratória de falência, *dies a quo* instituído pela Lei 11.101/2005.

É o que me parece, salvo melhor juízo.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2007